

# **Der genetische Vater** **nichtehelicher Kinder**

## **Dissertation**

**zur Erlangung der Doktorwürde**  
**der juristischen Fakultät der Universität Augsburg**

**Vorgelegt von**  
**Andreas Mairock**

Erstgutachter:  
Zweitgutachter

Prof. Dr. Jörg Neuner  
Prof. Dr. Christoph Becker

Tag der mündlichen Prüfung:

07.02.2007

*Für Ihr Verständnis und Ihre Unterstützung  
danke ich Franziska  
und meinen Eltern Anna und Rudolf*

<b>A Einführung .....</b>	<b>1</b>
<b>B Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt .....</b>	<b>3</b>
I Schutzbereich des Art. 6 GG .....	3
1) Sachlicher Schutzbereich .....	3
a) Sachlicher Schutzbereich des Art. 6 II GG .....	3
b) Sachlicher Schutzbereich des Art. 6 I GG .....	3
2) Persönlicher Schutzbereich .....	4
a) Persönlicher Schutzbereich des Art. 6 II GG .....	4
b) Persönlicher Schutzbereich des Art. 6 I GG .....	6
c) Ergebnis .....	8
II Eingriff in Art. 6 GG .....	8
1) Eingriff in Art. 6 II GG .....	8
2) Eingriff in Art. 6 I GG .....	9
III Rechtfertigung des Eingriffs .....	9
1) Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 6 II GG .....	9
2) Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 6 I GG .....	9
IV Einfluss des Gleichstellungsgebots aus Art. 6 V GG .....	10
V Einfluss des Gleichberechtigungsaspekts aus Art. 3 GG .....	10
VI Einfluss der Rechtsprechung des EGMR .....	11
1) Rechtliche Bedeutung .....	11
2) Schutzbereich des Art. 8 EMRK .....	11
3) Eingriff in Art. 8 EMRK .....	13
4) Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 8 EMRK .....	13
5) Bedeutung des Art. 14 EMRK .....	14
VII Einfluss weiterer internationaler Vorgaben .....	14
1) Einfluss der UNO-Kinderrechtskonvention .....	14
a) Rechtliche Bedeutung .....	14
b) Rechte der Konvention .....	15
aa) Elternbegriff der Konvention .....	15
bb) Rechtspositionen der Konvention .....	16
c) Ergebnis .....	16
2) Einfluss der europäischen Grundrechtscharta .....	16
3) Sonstige völkerrechtliche Vorgaben .....	16
a) Einfluss des Europarat-Übereinkommens über den Umgang mit Kindern .....	16
b) Einfluss des internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte .....	17
c) Einfluss des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierungen der Frau .....	17
d) Einfluss des Europäischen Übereinkommens über die Rechtsstellung des außerhalb der Ehe geborenen Kindes .....	17
e) Einfluss des Haager Kindesentführungsübereinkommens und des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens .....	17
4) Ergebnis .....	18
<b>C Die Bestimmung und Abänderung der rechtlichen Vaterschaft .....</b>	<b>19</b>
I Die Erlangung der rechtlichen Vaterstellung .....	19
1) Ehemann § 1592 Nr. 1 BGB .....	19
a) Voraussetzungen .....	19
b) Ausnahmen §§ 1593, 1599 II BGB .....	20
aa) Zuordnung nach § 1593 BGB .....	20
bb) Zuordnung nach § 1599 II BGB .....	20
c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	21

aa) Ausgangspunkt .....	21
bb) Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	21
cc) Demographischer Hintergrund .....	22
dd) Rechtfertigung der Typisierung und die Notwendigkeit eines Korrektivs ....	22
ee) Ergebnis .....	23
d) Reformgedanken .....	23
aa) Abschaffung der pater-est-Regel .....	23
aaa) Begrenzung auf die genetische Vaterschaft .....	23
bbb) Individuelle Vaterschaftsbestimmung .....	24
bb) Einschränkung der pater-est-Regel .....	24
aaa) Einschränkung der Vermutung bei Trennung der Eltern .....	24
bbb) Einschränkung der Vermutung in weiteren Trennungsfällen. ....	25
ccc) Bestimmungsrecht der Mutter .....	26
ddd) Privatautonome Vereinbarung der Ehegatten .....	27
eee) Privatautonome Vereinbarung der Ehegatten mit Vaterschaftsanerkennung durch den biologischen Vater .....	28
fff) Wechselseitiger Ausschluss der Vaterschaftsvermutung bei Einführung einer weiteren Vaterschaftsvermutung hinsichtlich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft .....	29
cc) Ergebnis .....	29
2) Anerkennung § 1592 Nr. 2 BGB .....	30
a) Voraussetzungen .....	30
aa) Fehlende anderweitige Vaterschaft .....	31
bb) Zustimmung der Mutter und gegebenenfalls des Kindes .....	31
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	32
aa) Rechtfertigung der Sperrwirkung einer anderweitigen Vaterschaft .....	32
bb) Rechtfertigung des Zustimmungserfordernis der Mutter .....	33
aaa) Verweigerung der mütterlichen Zustimmung .....	34
bbb) Erteilung der mütterlichen Zustimmung zur Anerkennung durch einen Dritten .....	34
ccc) Zwischenergebnis .....	34
c) Ergebnis .....	34
3) Vaterschaft nach gerichtlicher Feststellung § 1592 Nr. 3 Alt. 1 BGB .....	35
a) Voraussetzungen .....	35
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	36
4) Vaterschaft nach Anfechtung § 1592 Nr. 3 Alt. 2 BGB .....	36
5) Ergebnis .....	37
6) Die gesetzliche Grundentscheidung im Bereich der Abstammung .....	37
a) Gesetzliche Mutterschaft .....	37
b) Gesetzliche Vaterschaft .....	38
c) Ergebnis .....	39
II Die Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft .....	40
1) Das Anfechtungsrecht des genetischen Vaters .....	40
a) Rechtliche Stellung nach § 1600 BGB a.F. ....	40
aa) Gesetzliche Lage nach § 1600 BGB a.F. ....	40
bb) Kritik der Literatur an § 1600 BGB a.F. ....	41
aaa) Berechtigter Anfechtungsausschluss .....	41
bbb) Unberechtigter Anfechtungsausschluss .....	42
b) Rechtsprechung des BVerfG '03 .....	43
aa) Festlegung des Ausgangspunkts .....	43

bb) Überprüfung der ursprünglichen Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers .....	43
aaa) Abwägungsentscheidung bei Bestand einer sozialen Familie .....	44
bbb) Abwägungsentscheidung bei fehlendem Bestand einer sozialen Familie .....	44
c) Gesetzliche Umsetzung § 1600 BGB n. F. '04 .....	45
aa) Grundüberlegungen des Gesetzgebers .....	45
bb) Erfordernis der sozial-familiären Beziehung .....	47
aaa) Gesetzliche Vorgaben .....	47
bbb) Auslegung der gesetzlichen Vorgaben .....	47
cc) Ergebnis .....	48
dd) Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung bei einer heterologen Insemination .....	48
d) Vergleich der Ausgangslage bei anderen Anfechtungsberechtigten .....	49
aa) Anfechtungsrecht des rechtlichen Vaters .....	50
bb) Anfechtungsrecht der Mutter .....	50
cc) Anfechtungsrecht des Kindes .....	50
dd) Ergebnis .....	51
e) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung / Kritik .....	52
aa) Kritik am Ausgangspunkt .....	52
bb) Kritik an der inhaltlichen Ausgestaltung .....	52
aaa) Fehlende explizite Berücksichtigung des Kindeswohls .....	52
bbb) Überprüfung der Grundlagen der Interessenabwägung .....	53
ccc) Inhaltliche Überprüfung der Interessenabwägung .....	54
aaaa) Bedeutung der Qualität der sozial-familiären Beziehung .....	54
bbbb) Schutz der Beziehung der rechtlichen Eltern zum Vorteil des Kindes .....	54
cc) Kritik hinsichtlich der Entstehung und Beendigung der sozialen Beziehung .....	55
aaa) Erfordernis der sozialen Beziehung im Zeitpunkt der Geburt .....	55
aaaa) Literaturansichten .....	55
bbbb) Ansicht des BVerfG und des Gesetzgebers und deren Folgeproblematik .....	56
cccc) Zwischenergebnis .....	57
bbb) Beendigung der sozialen Beziehung .....	57
aaaa) Beendigung der sozialen Beziehung im Todesfall des rechtlichen Vaters .....	57
bbbb) Beendigung der sozialen Beziehung in anderen Fällen .....	57
aaaaa) Ansicht des Gesetzgebers .....	57
bbbbbb) Ansichten in der Literatur .....	59
cccc) Kritik zur Beendigung der sozialen Beziehung im Todesfall des rechtlichen Vaters .....	59
dd) Kritik an der Regelung der Anfechtungsfrist .....	59
aaa) Nachhaltiger Ausschluss des Anfechtungsrechts .....	59
bbb) Anknüpfung des Fristbeginns an die erlangte Kenntnis .....	60
ee) Kritik an der Reaktionsmöglichkeit des rechtlichen Vaters .....	60
aaa) Ablehnende Reaktion des sozial-familiär eingebundenen rechtlichen Vaters .....	60
bbb) Passivität des sozial-familiär eingebundenen rechtlichen Vaters .....	61
ff) Zusammenfassung .....	61
f) Rechtsprechung des EGMR .....	61
aa) Der Fall Kroon/Niederlande .....	61
aaa) Sachverhaltsdarstellung .....	62
bbb) Entscheidung des EGMR .....	62

ccc) Folgeentwicklung im niederländischen Recht.....	62
bb) Auswirkung des Falls Kroon/Niederlande auf das deutsche Recht.....	63
aaa) Vergleich der Ausgangspunkte.....	63
bbb) Abweichungen der unterschiedlichen Ansätze.....	63
2) Reformvorschläge.....	64
3) Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage im Bereich des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung.....	65
a) Vorteile einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage.....	65
b) Nachteile einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage.....	66
c) Entscheidung des Gesetzgebers.....	67
d) Gegenwärtige Auffassung.....	68
4) Verfassungskonforme Auslegung.....	69
5) Ausblick - eigener Ansatz.....	69
a) Einzelerläuterung zu § 1600 II - alternativ.....	71
aa) Voraussetzung der genetischen Vaterschaft: § 1600 II (1) - alternativ.....	71
bb) Bestätigung der biologischen Vaterschaft: § 1600 II (2) - alternativ.....	71
aaa) Ausgangspunkt.....	71
bbb) Das Entweder-Oder-Verhältnis der Vaterschaft.....	71
ccc) Ansicht des BVerfG.....	72
ddd) Vergleichbare Ansätze.....	72
eee) Ergebnis.....	73
cc) Erfordernis der qualifizierten Anerkenntniserklärung: § 1600 II (3) - alternativ.....	73
aaa) Qualifizierte Zuordnung.....	73
bbb) Bestätigung der Prognose.....	74
dd) Voraussetzungen der qualifizierten Anerkenntniserklärung: § 1600 II (4-7) - alternativ.....	74
aaa) Anerkenntniserklärung im Zeitpunkt der Geburt.....	74
bbb) Anerkenntniserklärung zu einem späteren Zeitpunkt.....	75
ee) Einschränkungen der Anerkenntnismöglichkeit: § 1600 II (8-10) - alternativ .....	75
ff) Entkräftung möglicher Bedenken.....	76
aaa) Bedenken.....	76
aaaa) Doppelte Vaterschaft.....	76
bbbb) Überspannung der Bereitschaft des rechtlichen Vaters.....	76
cccc) Häufung der Vaterschaftsabänderungen.....	77
dddd) Gefahr der übertriebenen Störung von Beziehungen.....	77
eeee) Gefahr des Einflusses der Unterhaltslast.....	78
bbb) Vorzüge.....	78
aaaa) Stärkung von Offenheit, Klarheit und Wahrheit.....	78
bbbb) Vermeidung von Folgestreitigkeiten.....	78
cccc) Miteinbeziehung des rechtlichen Vaters.....	78
dddd) Flexibilität des Systems.....	79
eeee) Stärkung des Kindeswohls.....	79
ffff) Vereinfachung des Regelungssystems.....	79
ccc) Ergebnis.....	80
b) Einzelerläuterung zu § 1600 V - alternativ.....	80
aa) Wiederaufleben des Anfechtungsrechts bei Beendigung der sozialen Familie .....	80
aaa) Wiederaufleben im Zeitraum von bis zu zwei Jahren nach der Geburt....	81
bbb) Wiederaufleben im Zeitraum von mehr als zwei Jahren nach der Geburt	81

ccc) Einwand der Rechts- und Statussicherheit .....	81
bb) Wiederaufleben des Anfechtungsrechts im Todesfall des rechtlichen Vaters .....	82
c) Einzelerläuterung zu § 1600 b- alternativ .....	83
aa) Einzelerläuterung zum ersatzlosen Wegfall von § 1600 b I (2) HS. 2 BGB .....	83
bb) Einzelerläuterung zu § 1600 b II a - alternativ .....	83
aaa) Einschränkung mittels Befristung .....	83
bbb) Anknüpfungspunkt des Fristbeginns .....	83
cc) Einzelerläuterung zu § 1600 b II b - alternativ .....	84
d) Ergebnis .....	84
<b>D Der genetische Vater ohne rechtliche Vaterstellung .....</b>	<b>85</b>
I Rechtliche Stellung .....	85
1) Verfassungsrechtliche Stellung Art. 6 GG .....	85
2) Zivilrechtliche Rechtslage .....	85
II Rechte .....	86
1) Sorgerecht §§ 1626 ff BGB .....	86
a) Rechtliche Stellung nach §§ 1626 ff BGB .....	86
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	86
c) Sorgeerklärung im Sonderfall der Vaterschaftsabänderung .....	87
aa) Sorgeerklärung im Anwendungsbereich des § 1599 II BGB .....	87
bb) Sorgeerklärung während eines Anfechtungsverfahrens .....	88
cc) Sorgeerklärung im Rahmen der Vaterschaftsanerkennung vor Zustimmung der Mutter und/oder des Kindes .....	88
2) Umgangsrecht §§ 1684, 1685 BGB .....	89
a) Berechtigte nach § 1684 BGB .....	89
b) Rechtliche Stellung nach § 1685 BGB a. F. ....	89
c) Rechtsprechung BVerfG '03 .....	89
d) Gesetzlich Umsetzung § 1685 BGB n. F. '04 .....	90
e) Erfordernis des Kindeswohls und einer sozial-familiären Beziehung .....	91
aa) Erfordernis des Kindeswohls .....	91
bb) Erfordernis einer sozial-familiären Beziehung .....	91
f) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung / Kritik .....	92
aa) Gesetzliche Anforderungen .....	92
aaa) Erfordernis des Kindeswohls .....	92
bbb) Erfordernis der sozial-familiären Beziehung .....	93
bb) Kritik zum Erfordernis der sozial-familiären Beziehung .....	93
cc) Vergleich mit der Interessenlage bei der Vaterschaftsanfechtung .....	94
dd) Vorrang des Anfechtungsrechts .....	94
ee) Zwischenergebnis .....	95
aaa) Vorrang des Anfechtungsrechts .....	95
bbb) Erweiterung des Umgangsrechts, soweit keine sozial-familiäre Beziehung gestört wird .....	95
ccc) Schlussfolgerung .....	96
ff) Reformansatz: § 1685 II a - alternativ .....	96
g) Rechtsprechung des EGMR .....	96
3) Auskunftsrecht § 1686 BGB .....	97
a) Rechtliche Stellung nach § 1686 BGB .....	97
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	98
c) Reformansatz zu § 1685 II BGB .....	98
4) Recht auf Klärung der genetischen Abstammung .....	98
a) Rechtliche Stellung .....	99
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	99

aa) Stellung des BVerfG .....	99
bb) Ansicht der familienrechtlichen Rechtsprechung .....	99
cc) Stellungnahme .....	100
c) Reformansatz .....	100
5) Recht zur Mitteilung der genetischen Abstammung .....	101
a) Rechtliche Stellung .....	101
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	102
6) Adoption §§ 1741 ff BGB .....	102
a) Rechtliche Stellung im Rahmen des Adoptionsverfahrens .....	103
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	103
aa) Einwilligungserfordernis bei fehlender rechtlichen Vaterschaft .....	104
aaa) Begründung der gesetzlichen Ausgestaltung .....	104
bbb) Kritik an der gesetzlichen Ausgestaltung .....	104
aaaa) Einschränkung auf eine Verbindung mit einer angestrebten Vaterschaftsfeststellung .....	104
bbbb) Einschränkung auf die Rechtsfolge der Aussetzung .....	105
cccc) Erweiterung der Rechtsfolgen mittels Aussetzung .....	105
ccc) Lösungsmöglichkeit über eine Adoptionsaussetzung .....	106
aaaa) Kompromissvorschlag der Literatur .....	106
bbbb) Stellungnahme .....	106
ddd) Ausnahme von der generellen Adoptionsaussetzung .....	107
bb) Einwilligungserfordernis bei bestehender anderer rechtlicher Vaterschaft .....	108
aaa) Kritik an der gesetzlichen Ausgangslage .....	108
bbb) Lösungsansatz mittels Erweiterung des Anfechtungsrechts .....	109
ccc) Folgeänderung im Bereich des Adoptionsrechts .....	109
aaaa) Lösungsmöglichkeit über eine Adoptionsaussetzung .....	109
bbbb) Ausnahme von der generellen Adoptionsaussetzung .....	110
cc) Verfassungskonforme Auslegung .....	110
dd) Ausblick - eigener Ansatz .....	110
ee) Erleichterte Ersetzbarkeit der Einwilligung .....	111
aaa) Ausgangspunkt .....	111
bbb) Ansicht der Literatur .....	111
ccc) Stellungnahme .....	111
ddd) Auswirkungen einer geforderten Reform des § 1748 IV BGB .....	112
ff) Auswirkungen auf die Adoption bei Reform des Anfechtungsrechts .....	112
c) Rechtsprechung des EGMR .....	112
d) Rechtliche Stellung nach einer abgeschlossenen Adoption .....	113
7) Unterhalt des Vaters wegen Kindesbetreuung § 1615 I BGB .....	114
a) Betreuungsunterhalt im Rahmen eines Verfahrens zur Vaterschaftsfeststellung .....	114
b) Betreuungsunterhalt bei rein biologischer Vaterschaft .....	115
c) Reformgedanken .....	116
8) Weitere Rechte .....	116
a) Name §§ 1616 ff BGB .....	116
b) Erbrecht des Vaters §§ 1925 I, 2303 II BGB .....	116
c) Unterhalt von dem Kind §§ 1601 ff BGB .....	117
d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	117
III Zusammenfassung .....	117
<b>E Der genetische Vater mit rechtlicher Vaterstellung .....</b>	<b>118</b>
I Rechtliche Stellung .....	118
II Rechte .....	118



1) Primäre Sorgerechtsverteilung nach §§ 1626 ff BGB .....	118
a) Rechtliche Lage nach § 1626 a BGB .....	118
b) Rechtsprechung BVerfG ' 03 .....	120
aa) Ausgangspunkt .....	120
bb) Rechtsprechung des BVerfG .....	121
cc) Ergebnis .....	122
c) Verfassungsrechtliche Problematik / Kritik .....	122
aa) Betrachtung der Entscheidung des BVerfG .....	123
aaa) Primärzuordnung an die Mutter .....	123
bbb) Abänderbarkeit der Primärzuordnung .....	124
aaaa) Unrealistische Prämisse .....	124
bbbb) Einfluss auf die Eltern-Kind-Beziehung .....	125
cccc) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	125
dddd) Schwelle der Kindeswohlgefährdung .....	125
bb) Ergebnis .....	126
aaa) Stärkung der Einzelfallgerechtigkeit und des Elternrechts aus Art. 6 II GG .....	127
bbb) Förderung der Mitverantwortung und der Beziehungsstruktur .....	127
d) Erfordernis der Kooperationswilligkeit .....	128
aa) Gesetzliche Lage zur Kooperationswilligkeit .....	128
bb) Kooperationswilligkeit im Rahmen der Reformbestrebung .....	130
e) Alternative Lösungsvorschläge .....	131
aa) Gemeinsames Sorgerecht per se .....	132
bb) Gemeinsames Sorgerecht bei freiwilliger Verantwortungsübernahme .....	133
cc) Sorgerecht nach Entscheidung des Gerichts .....	134
dd) Gemeinsames Sorgerecht bei bestehender familiärer Lebensgemeinschaft .....	134
ee) Gerichtliche Kontrolle über die grundsätzliche Alleinsorge der Mutter .....	135
aaa) Festlegung des Abänderungsmaßstabs .....	135
aaaa) Maßstab von triftigen nachhaltigen Gründen des Kindeswohls .....	135
bbbb) Maßstab der Kindeswohldienlichkeit .....	136
cccc) Maßstab entsprechend § 1671 I Nr. 2 BGB .....	136
bbb) Ablehnung weiterer Einschränkungen .....	136
ccc) Ergebnis .....	137
f) Zulässigkeit von partiellen Sorgevereinbarungen .....	137
aa) Rechtliche Lage .....	137
bb) Reformbestrebungen .....	137
g) Sorgeerklärung bei Geschäftsunfähigkeit eines Elternteils .....	138
aa) Rechtliche Lage .....	138
aaa) Differenzierung zwischen Innehabung und Ausübung .....	139
bbb) Genuine Sorgerechtsfähigkeit .....	139
ccc) Nichtigkeit derartiger Sorgeerklärungen .....	139
ddd) Analogieschluss .....	140
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	140
2) Abänderung der Alleinsorge der Mutter nach § 1672 BGB .....	141
a) Rechtliche Lage bei einverständlichem Alleinsorgewechsel .....	141
b) Kritik .....	142
aa) Vetorecht der Mutter .....	142
aaa) Ausgangspunkt .....	143
bbb) Rechtsprechung BVerfG .....	144
ccc) Kritik am BVerfG-Urteil .....	144
ddd) Reformansatz .....	145

aaaa) Maßstab entsprechend § 1671 I Nr. 2 BGB .....	145
bbbb) Maßstab entsprechend § 1696 BGB .....	145
cccc) Vergleich zum Reformansatz des § 1626 a II - alternativ .....	146
bb) Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidungskompetenz .....	146
aaa) Ausgangspunkt .....	146
bbb) Vergleichsmaßstab .....	146
ccc) Rechtfertigung .....	147
cc) Erfordernis der Kindeswohldienlichkeit .....	148
aaa) Rechtsprechung BVerfG .....	149
bbb) Kritik am BVerfG-Urteil und an der gesetzlichen Lage .....	149
ccc) Rechtfertigungsversuche .....	149
ddd) Bedeutung des elterlichen Konsens .....	150
eee) Systemkonformität .....	151
dd) Erfordernis der Trennung .....	152
aaa) Kritik .....	152
bbb) Rechtfertigung .....	153
ee) Zwischenergebnis .....	153
ff) Abänderung nach § 1672 II BGB .....	153
aaa) § 1672 II (1) BGB .....	153
bbb) § 1672 II (2) BGB .....	154
c) Reformansatz .....	155
d) Zulässigkeit von partiellen Sorgeentscheidungen .....	156
3) Abänderung der Alleinsorge durch Ersatzeintritt nach §§ 1678 II, 1680 II (2), III, 1681 I BGB .....	157
a) Rechtliche Lage bei Ersatzeintritt in die elterliche Sorge .....	157
aa) Vorherige Alleinsorge nach §§ 1671, 1672 BGB .....	157
bb) Vorherige Alleinsorge nach § 1626 a II BGB .....	158
b) Kritik .....	158
aa) Kritik zu der Regelung bei vorheriger Alleinsorge nach §§ 1671, 1672 BGB .....	158
aaa) Ausgangspunkt der Kritik .....	158
bbb) Stellungnahme .....	159
bb) Kritik zu der Regelung bei vorheriger Alleinsorge nach § 1626 a II BGB .....	159
aaa) Ausgangspunkt der Kritik .....	160
bbb) Rechtfertigungsversuch des Gesetzgebers .....	160
ccc) Stellungnahme .....	160
c) Reformansatz .....	161
4) Abänderung einer erlangten gemeinsamen Sorge .....	162
5) Name §§ 1616 ff BGB .....	163
a) Geburtsname §§ 1617 f BGB .....	163
b) Einbenennung § 1618 BGB .....	163
c) Nachträglich erlangte Alleinsorge des nichtehelichen Vaters .....	164
aa) Ausgangspunkt .....	165
bb) Stellungnahme .....	165
cc) Reformansatz .....	166
dd) Fortbestehende Folgediskussion .....	167
aaa) Folgen des Scheiterns der Stiefelternehe .....	168
bbb) Trennungshalbwaisen .....	168
6) Unterhalt des Vaters wegen Kindesbetreuung § 1615 I BGB .....	168
a) Elterliche Sorge als Anspruchsvoraussetzung .....	169
b) Dauer des Anspruchs .....	169

aa) Zeitraum von der neunten Woche bis zum Ablauf von drei Jahren nach der Geburt.....	169
bb) Zeitraum von der Geburt bis zur achten Woche danach.....	170
c) Ersatzfähigkeit der Kosten für Entbindung und Schwangerschaft .....	170
d) Einstweiliger Rechtsschutz .....	171
aa) Einstweiliger Rechtsschutz während des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens .....	171
bb) Einstweiliger Rechtsschutz im Zeitraum von bis zu acht Wochen nach der Geburt.....	171
e) Reformvorschläge .....	171
7) Adoption §§ 1741 ff BGB.....	172
a) Rechtliche Stellung im Rahmen des Adoptionsverfahrens.....	172
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	173
aa) Rechtfertigung der erleichterten Ersetzbarkeit nach § 1748 IV BGB.....	173
aaa) Begründung des Gesetzgebers.....	173
bbb) Kritik der Literatur .....	173
ccc) Umsetzung durch die Rechtsprechung .....	174
ddd) Zwischenergebnis .....	175
bb) Verstoß der gesetzlichen Lage gegen Gleichheitsgrundsatz.....	175
aaa) Gesetzlicher Rechtfertigungsversuch .....	175
bbb) Ungleichbehandlung .....	176
ccc) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.....	177
ddd) Weiterer gesetzlicher Rechtfertigungsversuch .....	178
c) Ergebnis.....	178
aa) Neue Rechtsprechung.....	178
bb) Bedeutung der Rechtsprechung .....	179
d) Ausblick - eigener Ansatz.....	179
aa) Beibehaltung des § 1748 IV .....	179
bb) Ausrichtung des § 1748 IV - alternativ an der Sorgerechtsverteilung.....	179
cc) Aussetzung des Adoptionsverfahrens bei Sorgerechtsantrag.....	180
dd) Auswirkungen einer Stiefkindadoption .....	181
aaa) Vergleich zur geltenden Rechtslage bei einer Stiefkindadoption.....	181
bbb) Vergleich zur Rechtslage bei einer Stiefkindadoption nach dem Reformvorschlag .....	181
bbb) Ergebnis .....	182
ee) Ergebnis.....	182
e) Rechtsprechung des EGMR .....	183
8) Auswirkung einer Stiefkindadoption - § 1756 II BGB .....	184
aa) Rechtliche Stellung bei der Stiefkindadoption .....	184
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	184
aaa) Benachteiligung der nichtehelichen Väter.....	184
bbb) Anknüpfung an die Sorgerechtsverteilung.....	184
ccc) Reformansatz .....	185
9) Weitere Rechte.....	185
a) Umgangsrecht § 1684 BGB .....	185
b) Auskunftsrecht § 1686 BGB.....	186
c) Erbrecht des Vaters §§ 1925 I, 2303 II BGB .....	186
d) Unterhalt von dem Kind §§ 1601 ff BGB.....	186
e) Recht auf Klärung der genetischen Abstammung.....	186
aa) Positive Vaterschaftsfeststellungsklage .....	186
bb) Vaterschaftsanfechtung.....	187

f) Recht zur Mitteilung der genetischen Abstammung .....	187
g) Recht auf Unterlassung anderweitiger Vaterschaftsbezeugungen .....	187
III Zusammenfassung .....	187

## **F Der rechtliche Vater bei zweifelhafter genetischer Vaterschaft und die Zulässigkeit**

### **heimlicher Vaterschaftstests..... 188**

I) Die Ansicht der Rechtsprechung .....	188
II) Stellungnahme in der Literatur und Rechtsprechung .....	189
1) Zustimmungende Stellungnahmen .....	189
2) Ablehnende Stellungnahmen .....	190
a) Förderung des Kindeswohls mittels Bestätigung der Vaterschaft .....	190
b) Entscheidungsmacht der Mutter hinsichtlich des Kindeswohls .....	191
c) Berücksichtigung der Rechtsstellung des Vaters .....	192
d) Weitere Kritikpunkte .....	193
e) Ergebnis .....	194
3) Abweichende Lösungsansätze in der Literatur .....	194
a) Änderung der Voraussetzung des Anfangsverdachts .....	194
aa) Die Entscheidung des BGH für das Erfordernis des Anfangsverdachts .....	195
aaa) Entkräftung der Gegenargumente .....	195
bbb) Argumentation des Gerichts .....	195
bb) Kritik an der Entscheidung und Argumentation des BGH .....	196
aaa) Argumentation über § 640 d ZPO .....	196
bbb) Historischer Hintergrund .....	196
ccc) Argumentation über die Verfristung .....	196
ddd) Argumentation über die sekundäre Darlegungslast .....	197
eee) Argumentation über den Schutz vor unberechtigten Anfechtungen .....	197
fff) Weitere Kritik .....	197
cc) Ergebnis hinsichtlich des Anfangsverdachts .....	198
b) Lösungsansätze unter Beibehaltung des Anfangsverdachts .....	199
aa) Anfangsverdacht aus der Zustimmungsverweigerung zur Durchführung des Vaterschaftstests .....	199
bb) Rechtsanspruch auf Durchführung eines Vaterschaftstests .....	199
III) Politische Forderungen .....	199
1) Ansicht des Bundesjustizministeriums .....	199
2) Ansicht des bayerischen Justizministeriums .....	200
3) Zwischenergebnis .....	200
4) Gesetzesantrag der FDP-Fraktion .....	201
5) Beratungen im Bundestag .....	201
6) Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg .....	201
7) Gesetzesantrag des Freistaates Bayern .....	202
IV) Stellungnahme .....	203
1) Verhältnis des Anfangsverdachts zu der Zulässigkeit von Vaterschaftstests .....	203
a) Stellungnahme zur Abschaffung des Anfangsverdachts .....	203
b) Stellungnahme zu einem eigenständigen Recht auf Durchführung eines Vaterschaftstests .....	204
aa) Entkräftung der Bedenken .....	204
bb) Rechtfertigung der Folgewirkungen .....	204
aaa) Unabhängigkeit einer Statusänderung .....	205
bbb) Zunahme der Testverfahren .....	205
ccc) Rechtsverständnis der Gesellschaft und drohende Umgehungsgefahr .....	205
ddd) Einfluss auf das Verhalten der Mütter .....	205
cc) Kreis der Berechtigten .....	205

aaa) Berechtigung eines präsidentiven Vaters .....	205
bbb) Berechtigung der Mutter und des Kindes .....	206
2) Ausgestaltung eines Rechts zur Durchführung eines Vaterschaftstests .....	206
a) Stellungnahme zu einem eigenständigen Recht auf Durchführung eines Vaterschaftstests .....	206
aa) Vorzüge .....	207
bb) Nachteile .....	207
aaa) Unbestimmtheit der Herkunft des zu untersuchenden Materials.....	207
bbb) Umgehungsgefahr durch präsidentive Väter .....	207
ccc) Problematik der Gewinnung des Genmaterials .....	207
ddd) Problematik der Befristung .....	207
aaaa) Einwilligungsrecht in den ersten zwei Jahren nach der Geburt.....	208
bbbb) Einwilligungsrecht nach Ablauf der ersten zwei Jahre nach der Geburt .....	208
eee) Gefahr rein „vorsorglicher“ Vaterschaftstests .....	209
cc) Ergebnis .....	209
b) Stellungnahme zu einem Anspruch auf Einwilligung zu einem Vaterschaftstest .....	209
aa) Nachteile .....	209
bb) Vorzüge .....	209
V) Ergebnis .....	210
<b>G Zusammenfassung.....</b>	<b>211</b>
<i>Abkürzungsverzeichnis .....</i>	<i>I</i>
<i>Literaturverzeichnis.....</i>	<i>IV</i>

# A Einführung

„Vater werden ist nicht schwer, Vater sein dagegen sehr!“

Dieses allbekannte und oft benutzte Zitat von Wilhelm Busch hat in der neueren Zeit auch in der Rechtswissenschaft an Bedeutung gewonnen. Über seinen ursprünglichen Sinngehalt hinaus bestehen durchaus auch rechtliche Schwierigkeiten, eine Vaterstellung erlangen zu können.

Dabei muss grundlegend zwischen der *biologischen* und der *rechtlichen* Vaterschaft differenziert werden. Unter biologischer Vaterschaft ist die genetische, rechtlich nicht anerkannte Vaterschaft zu verstehen<sup>1</sup>. Während diese biologische Vaterschaft ausschließlich durch die genetische (leibliche) Abstammung bestimmt wird, bedarf es für die Erlangung der rechtlichen Vaterstellung weiterer Voraussetzungen. Umgekehrt setzt die rechtlich anerkannte Vaterschaft nicht zwingend die genetische Verbundenheit voraus.

Die folgende Arbeit beschäftigt sich mit den Rechten von genetischen Vätern, die nicht mit der Mutter des Kindes verheiratet sind. In Kenntnis der bestehenden Kritik werden diese im Folgenden aus Vereinfachungsgründen weiterhin als nichteheliche Kinder bezeichnet<sup>2</sup>.

Bezüglich der Rechte dieser Väter kommt es entscheidend darauf an, ob der Erzeuger (genetischer Vater) auch rechtlich als Vater anerkannt ist.

Folglich ergibt sich - nach der Erörterung des verfassungsrechtlichen Ausgangspunktes (**B**) - im Wesentlichen ein viergliedriger Aufbau:

- die Bestimmung und Abänderung der rechtlichen Vaterschaft (**C**)
- die Rechte des genetischen Vaters ohne rechtliche Vaterstellung (**D**)
- die Rechte des genetischen Vaters mit rechtlicher Vaterstellung (**E**)
- der rechtliche Vater bei zweifelhafter genetischer Vaterschaft (**F**)

Ein wesentlicher Punkt der Arbeit ist der Untersuchung gewidmet, inwieweit die zivilrechtliche Lage den Vorgaben der Verfassung entspricht. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Auslegung des Grundgesetzes vom Wandel der Zeit geprägt ist<sup>3</sup> und sich

---

<sup>1</sup> Vgl. Staudinger/Rauscher Einl. § 1589 Rdn. 31 und § 1600 Rdn. 6, 9; Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 3; BVerfG FamRZ 03, 816 (816); Müller FamRB 04, 206 (206); zur begrifflichen Definition vgl. auch Wellenhofer-Klein FamRZ 03, 1889 (1890), der den Begriff der biologischen Vaterschaft anerkennt, aber den Begriff der genetischen Vaterschaft insoweit bevorzugt; dies ist aber missverständlich, da teilweise darunter nur die genetische Verbundenheit, unabhängig von der rechtlichen Anerkennung, verstanden wird.

<sup>2</sup> In Kenntnis der Bemühung des Gesetzgebers diesen Begriff zu meiden und nach neuen gesetzlichem Sprachgebrauch die Bezeichnung „das Kind einer nichtverheirateten Mutter“ zu verwenden, wird (ohne Wertung) im Folgenden aus Vereinfachungsgründen auch der Begriff „das nichteheliche Kind“ verwendet. Ebenso bspw. Niepmann MDR 98, 565 (565) FfBn. 2; Muscheler/Bloch FPR 02, 339 (339) FfBn. 5. Kritisch gegen diese „Formulierungsvorgabe“ auch Schumann FamRZ 00, 389 (389); dies. S. 246 f; Wieser NJW 98, 2023, (2023); Diederichsen NJW 98, 1977 (1980, FfBn. 41 und 1982 f, 1990 f); - a.A. bspw. Kropholler AcP 185 (1985) 244 (255 f), der für das Begriffspaar „nicht verheiratet“ bzw. „während der Ehe“ plädiert.

<sup>3</sup> Zum Wandel der Auslegung von Verfassungsnormen wegen der tatsächlichen Verhältnisse oder gesellschaftlichen Anschauungen im Bereich des Art. 6 GG, vgl. Benda/Maihofer/Vogel § 1 Rdn. 16 f, 22 f; Witteborg S. 76 f; Seibert FamRZ 95, 1457 (1458); Köster S. 56 ff; so auch insb. für die hier relevante Elternstellung des nichtehelichen Vaters, dessen verfassungsrechtliche Anerkennung zunächst vermieden, dann eingeschränkt anerkannt und erst in neuerer Zeit vollumfänglich ihrer wahren Bedeutung zugeführt wurde - zu der Entwicklung s. **B.I.2**; ebenso zeigt sich dies in der Entwicklung der staatlichen Interventionsrechtfertigung nach Art. 6 II (2) GG im Bereich des Sorgerechts - dazu Coester FamRZ 96, 1181 (1181 f); ferner für die Ehe und Familie nach Art. 6 I, Ott NJW 98, 117 (117); zum Wandel hinsichtlich des Ehebegriffs, Pauly NJW 97,

somit die Frage stellt, ob die Ausgestaltung des Familienrechts im BGB mit dem modernen Verfassungsverständnis des Art. 6 GG noch vereinbar ist.

Der in Art. 6 GG niedergelegte Schutz erfährt seine zivilrechtliche Umsetzung in den §§ 1589 ff BGB. Diese haben wiederum ihre Prämisse darin, dass sie zwischen biologischer und rechtlicher Vaterschaft differenzieren.

Das Grundkonzept des BGB weist dem rechtlichen Vater die alleinige Verantwortung zu<sup>4</sup>. Diese Gesetzgebung basiert auf den Grundüberlegungen des BGB, wonach das Kind primär dem Ehemann der Mutter zugeordnet werden soll und der biologische - also genetisch nichtrechtliche - Vater dahinter zurücktreten muss.

Diese Ausgestaltung der Abstammung ist (rechts-) historisch durch ein klares Statusdenken geprägt<sup>5</sup>. Dies geht darauf zurück, dass lange Zeit die genetische Abstammung naturwissenschaftlich kaum feststellbar war und dem Kind der Status der Legitimität gesichert werden sollte. Nachdem erstere Prämisse überholt ist und zweite Annahme sich seit Jahren im Wandel befindet, kann diese Argumentation allein nicht mehr bestehen.

Daher stellt sich die Frage, ob diese gesetzliche Regelung noch der modernen sozialen Wirklichkeit entspricht. Dies wird unter der Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung deutlich, die den biologischen Vätern in den letzten Jahren wiederholt mehr Rechte zusprach. Soweit diese Entwicklung sich auf Entscheidungen des BVerfG stützt, ist zusätzlich zu beachten, dass das BVerfG nur überprüft, ob eine bestimmte gesetzliche Regelung noch mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Aufgabe dieses Gerichtes ist es dagegen nicht, sich über verfassungsrechtlich optimale oder rechtspolitisch wünschenswerte Gestaltungen zu äußern.

Folglich stellt sich die Frage, ob die grundlegende Entscheidung des BGB im Bereich des Abstammungs- und Kindschaftsrechts aufrecht erhalten werden soll oder ob die Zeit reif ist für eine Neukonzeption der Elternstellung.

Die folgenden Ausführungen sind demzufolge vielfach rechtspolitisch zu verstehen. Es wird daher nicht nur die geltende Gesetzeslage überprüft und untersucht, ob mittels Auslegung ein verfassungskonformes Ergebnis erreicht werden kann. Ziel der Arbeit ist es insbesondere, neue gesellschaftliche und rechtspolitische Ansätze zu finden und zur Diskussion zu stellen. Dem Gesetzgeber ist dadurch ein Anreiz für kommende Gesetzesänderungen zu geben und den Gerichten zwischenzeitlich eine Auslegungsalternative vorzustellen.

---

1955 (1955 ff); hinsichtlich Art. 6 II (2) GG vgl. Jeand'Heur S. 1 ff; dazu Coester FamRZ 95, 399 (400); zum Wertewandel im Familienrecht auch Frank FamRZ 04, 841 (841 ff).

<sup>4</sup> Vgl. Peschel-Gutzeit FPR 05, 167 (167 ff); BT-Drucks 15/2253 S. 8.

<sup>5</sup> Vgl. Schwenzer S. 230.

## **B Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt**

Der Ursprung der Elternrechte findet sich im Art. 6 II GG, der ein grundrechtlich geschütztes Elternrecht gewährt. Die Rechte der Eltern sind jedoch nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Pflichten der Eltern zu betrachten<sup>6</sup>. Diese sogenannte Elternverantwortung<sup>7</sup> ist maßgeblich vom Kindeswohl dominiert<sup>8</sup>. Das Wohl des Kindes bestimmt folglich die Rechtsposition entscheidend.

Dieser Schutz wird ergänzt durch Art. 6 I GG, der die Familie schützt und insbesondere die Gemeinschaft zwischen Eltern und Kind erfasst.

Um die Rechtsposition eines Vaters klären zu können, bedarf es demzufolge zunächst einer Untersuchung, in welchem Umfang er von Art. 6 GG geschützt wird.

### **I Schutzbereich des Art. 6 GG**

#### **1) Sachlicher Schutzbereich**

##### **a) Sachlicher Schutzbereich des Art. 6 II GG**

Der sachliche Schutzbereich des Elternrechts aus Art. 6 II (1) GG umfasst die gesamte Verantwortung für das Kind. Insbesondere fällt darunter die Sorge für das körperliche Wohl, die seelische und geistige Entwicklung und die Erziehung des Kindes<sup>9</sup>. Dabei schützt Art. 6 II GG nicht nur vor Eingriffen des Staates, sondern gewährt jedem Elternteil für sich ein Recht auf gleichmäßige<sup>10</sup> Teilhabe an der Pflege und Erziehung des Kindes<sup>11</sup>. Daher ist Art. 6 II GG auch Maßstab im Konflikt der Eltern<sup>12</sup>.

##### **b) Sachlicher Schutzbereich des Art. 6 I GG**

Ferner schützt Art. 6 I GG die Familie. Diese ist die umfassende Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern<sup>13</sup>, gleich ob diese ehelich oder nichtehelich sind<sup>14</sup>. Geschützt ist das familiäre Zusammenleben und insbesondere die Freiheit, ihre Gemeinschaft nach innen in familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht frei zu gestalten<sup>15</sup>.

<sup>6</sup> Vgl. bspw. Schlüter S. 6 f; BVerfGE 24, 119 (143 f); BVerfG FamRZ 03, 816 (819) und FamRZ 04, 354 (355)

<sup>7</sup> BVerfGE 10, 59 (76 ff); 24, 119 (143); 56, 363 (382); 59, 360 (376); 61, 358 (371); 68, 176 (190); dazu m.w.N. Fink S. 48.

<sup>8</sup> BVerfGE 72, 122 (137); vgl. auch BVerfGE 61, 358 (371); vgl. dazu etwa Pieper FPR 98, 62 (69); Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 38.

<sup>9</sup> Vgl. Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 32; Sachs/Schmitt-Kammler Art. 6 Rdn. 51 f; ausführlich in Bezug auf das Familienrecht insb. Fink S. 43 ff.

<sup>10</sup> Die Eltern untereinander sind grundsätzlich gleichberechtigt, was sich aus Art. 6 II i.V.m. Art. 3 II, III GG ergibt, v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 195; vgl. BVerfG FamRZ 03, 816 (819); BVerfGE 99, 145 (166); (dazu auch unter **B.V**).

<sup>11</sup> Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 29; v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 196; insoweit zum früheren Streit darüber m.w.N. Holzhauser FamRZ 82, 109 (113).

<sup>12</sup> Sachs/Schmitt-Kammler Art. 6 Rdn. 69 a; v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 196; Missverständlich insoweit v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 78 und Gernhuber/Coester-Waltjen § 5 IV 6; eindeutig das BVerfG, welches insoweit nur die Eingriffsrechtfertigung modifiziert, (s. **B.III.1**) BVerfG FamRZ 82, 1179 (1182).

<sup>13</sup> BVerfGE 19, 59 (66); 80, 81 (90); vgl. Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 4.

<sup>14</sup> BVerfGE 45, 104 (123); 79, 256 (267); vgl. Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 4; Witteborg S. 72; vgl. zur modernen Entwicklung Di Fabio NJW 02, 953 (953 ff).

<sup>15</sup> BVerfGE 80, 81 (92); vgl. Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 53.



## 2) Persönlicher Schutzbereich

### a) Persönlicher Schutzbereich des Art. 6 II GG

Hinsichtlich des persönlichen Gewährleistungsbereichs schützt Art. 6 II GG die Eltern und gewährt diesen, jedem Elternteil eigenständig, ein individuelles Elternrecht, dessen Ausübung einer gewissen Gemeinschaftsbindung unterliegt<sup>16</sup>.

Nach Art. 6 II GG sind Pflege und Erziehung ein naturgegebenes („natürliches“) Recht<sup>17</sup> der Eltern, wonach dieses Recht nicht vom Staat verliehen, sondern als vorgegeben von ihm anerkannt wird<sup>18</sup>.

Eltern im Sinne des Art. 6 II GG sind demnach im Grunde<sup>19</sup> die genetische Mutter und der genetische Vater, jedoch obliegt es dem Gesetzgeber, die rechtliche Anerkennung der Elternschaft an eine einfach gesetzliche Zuweisung zu binden<sup>20</sup>.

Dies darf allerdings nicht dergestalt verstanden werden, dass das einfach gesetzliche Recht entscheidet, ob und welche Personen als Eltern im Sinne des Grundgesetzes geschützt werden<sup>21</sup>. Die Verfassung geht dem einfachen Recht vor und kann nicht durch dieses abschließend definiert werden<sup>22</sup>. Vielmehr muss sich die gesetzliche Zuweisung der Elternschaft selbst an Art. 6 II GG messen lassen.

Während in der Literatur<sup>23</sup> verschiedene Bestimmungsansätze vertreten werden, hat das BVerfG bisher davon abgesehen, den Elternbegriff abschließend eigenständig zu definieren und hat mittels seiner Entscheidungen eine gewisse Kasuistik aufgestellt.

---

<sup>16</sup> BVerfGE 10, 59 (67); 31, 94 (207); 37, 217 (250); 55, 171 (178), vgl. dazu bspw. Seibert FamRZ 95, 1457 (1460); Sachs/Schmitt-Kammler Art. 6 Rdn. 20.

<sup>17</sup> BVerfGE 59, 360 (360); zum Verhältnis Naturrecht und positives Recht, Gernhuber/Coester-Waltjen § 5 IV 2.

<sup>18</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (818); BVerfG FamRZ 68, 578 (580).

<sup>19</sup> BVerfGE 24, 119 (150), wonach „diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus grundsätzlich bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen“; ebenso BVerfG FamRZ 03, 816 (818); BVerfG FamRZ 68, 578 (580); Maunz-Dürig/Badura Art. 6 Rdn. 99; Jestaedt DVBl. 97, 693 (693).

<sup>20</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (818).

<sup>21</sup> So fälschlicherweise Maunz-Dürig/Badura Art. 6 Rdn. 99 ff, wonach das einfache Gesetz (BGB) entscheiden soll, welche Personen als Eltern anzusehen sind und damit das Elternrecht im Sinne des Grundgesetzes in Anspruch nehmen können - zur Kritik dazu Holzhauser FamRZ 82, 109 (111); Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 56; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 70; Coester FamRZ 95, 1245 (1246); Schumann FamRZ 00, 389 (390); Fleisch S. 16.

<sup>22</sup> So ausdrücklich für den hier relevanten Fall, Roth NJW 03, 3153 (3255), wonach speziell ein naturgegebenes Recht nicht erst durch die staatliche Rechtsordnung konstituiert werden kann, da es dieser gerade vorausgeht.

<sup>23</sup> In der Literatur (vgl. dazu m.w.N. Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 55 ff) werden fünf grundsätzliche Bestimmungsansätze - gesondert oder kombiniert - zum Elternbegriff vertreten:

- Von Maunz-Dürig/Badura Art. 6 II Rdn. 99 wird der Elternbegriff nach dem einfachen Recht bestimmt, wobei dem entgegenzuhalten ist, dass das einfache Recht nicht abschließend und eigenständig die Verfassung definieren kann (so Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 56; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 70; Schumann FamRZ 00, 389 (390); Coester FamRZ 95, 1245 (1246); Fleisch S. 16).

- In der älteren Literatur (z.B. v. Mangoldt/Klein Art. 6 Anm. IV 2 b, 2. A. 1957) wird der Elternbegriff mit dem Begriff des Erziehungsberechtigten in Art. 6 III GG gleichgesetzt, wobei übersehen wird, dass der Verfassungsgeber bewusst unterschiedliche Formulierungen gebraucht hat.

- Teilweise wird der Elternbegriff auch rein biologisch-genetisch aufgefasst (z.B. Holzhauser FamRZ 82, 109 (111); Coester FamRZ 95, 1245 (1246)), was aber nicht erklären kann, wieso Adoptiveltern und der eheliche Scheinvater auch geschützt sind; ähnlich Schumann FamRZ 00, 389 (390), wonach die Trägerschaft mit der Geburt entsteht, aber die Ausübung der Elternverantwortung die zivilrechtliche Zuordnung erfordert;

- Ferner wird der Elternbegriff funktional zu bestimmen versucht (z.B. Coester JZ 92, 809 (810)) und auf die Bereitschaft zur Übernahme von Elternverantwortung abgestellt. Dem wird aber entgegengehalten, dass damit der persönliche Gewährleistungsgehalt mit dem sachlichen Gewährleistungsgehalt vermischt wird und das Tatbestandsmerkmal der Elternschaft seine Abgrenzungsfunktion verliert (Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 60).

Anerkannt ist, dass neben den durch eine Ehe verbundenen Eltern<sup>24</sup> auch die Mutter<sup>25</sup> eines außerehelich geborenen Kindes vom Schutzbereich des Art. 6 II GG erfasst wird.

Fraglich ist aber, ob Art. 6 II GG ebenso den nichtehelichen Vater als Elternteil anerkennt und als Grundrechtsträger schützt und ob es diesbezüglich darauf ankommt, ob dieser einfach gesetzlich als rechtlicher Vater des Kindes feststeht.

Diesbezüglich wurde in der Literatur kontrovers diskutiert<sup>26</sup> und in der Rechtsprechung eine klare Entscheidung zunächst offengelassen<sup>27</sup>.

In einem früheren Urteil des BVerfG<sup>28</sup> wurde demnach nur ausgesprochen, dass dem *rechtlich anerkannten* Vater des nichtehelichen Kindes die Elternstellung *jedenfalls* dann zukommt, wenn er mit der Mutter des Kindes zusammenlebt und damit die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Elternverantwortung durch ihn vorliegen.

Im Jahre 1995 dagegen entschied das BVerfG<sup>29</sup>, dass der *rechtlich anerkannte* Vater eines nichtehelichen Kindes, unabhängig davon, ob er mit der Mutter des Kindes zusammenlebt oder mit dieser gemeinsam die Erziehungsaufgaben wahrnimmt, Träger des Elternrechts ist. Begründet wird dies damit, dass auch insoweit eine Schutzbedürftigkeit besteht und anderenfalls das Elternrecht des Vaters weitgehend zur Disposition der Mutter stünde<sup>30</sup>. In der Urteilsbegründung angesprochen, letztlich aber offen gelassen blieb<sup>31</sup>, ob auch der *genetisch-nichtrechtliche* (= *biologische*) Vater eines nichtehelichen Kindes vom Schutzbereich des Art. 6 II (1) GG erfasst ist.

Auf dieser Entscheidung aufbauend folgte 2003 ein weiteres Urteil des BVerfG, das sich mit der Rechtsstellung von *biologischen* Vätern beschäftigte<sup>32</sup>. Nach dieser neueren Entscheidung steht *auch*<sup>33</sup> der *genetisch-nichtrechtliche* (= *biologische*) Vater eines Kindes unter dem

---

- In Kombination dieser Ansätze wird (richtigerweise) vertreten, dass sowohl die rechtliche als auch die genetische Vaterschaft sich auf Art. 6 GG berufen können und aus Gründen des Kindeswohls Einschränkungen des Elternrechts ergeben können, i.E. so Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 75, 53, 68; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 73, 75; ähnlich Hahnzog FamRZ 71, 334 (336 ff).

<sup>24</sup> Hinsichtlich Eheleuten BVerfGE 31, 194 (205); 56, 363 (382); 61, 358 (372); 84, 168 (179).

<sup>25</sup> Hinsichtlich der nichtehelichen Mutter BVerfGE 8, 210 (215); 24, 119 (135); 25, 167 (196); 56, 363 (382); 84, 168 (179); 92, 158 (177); wobei dies unabhängig davon ist, ob die Mutter mit dem Kind in einer Familiengemeinschaft lebt, das Kind pflegt und erzieht oder überhaupt nicht am Kind interessiert ist, Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 72; vgl. auch Fleisch S. 26; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 70; v. Mangoldt/Klein/Starck-Robbers Art. 6 Rdn. 163.

<sup>26</sup> Vgl. ausführlich je m.w.N. Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 53 ff und 72; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 69 ff; Sachs/Schmitt-Kammler Art. 6 Rdn. 47 ff; Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 73 ff; Leibholz/Rinck/Hesselberger Art. 6 Rdn. 556 ff; Schmidt-Bleibtreu/Klein Art. 40 ff; Maunz-Dürig/Maunz Art. 6 Rdn. 25; Fink S. 42; zur historischen Entwicklung des Elternrechts des nichtehelichen Vaters in Art. 6 II GG vgl. Fleisch S. 15 ff; Hahnzog FamRZ 71, 334 (336 ff); Witteborg S. 96 ff; Blech S. 106 ff.

<sup>27</sup> Vgl. die Verweisungen in Fink S. 42; für die Rechtsprechung bis 1995 Seibert FamRZ 95, 1457 (1459 f).

<sup>28</sup> BVerfGE 31, 194 (205); 45, 104 (123); 56, 363 (384); 79, 203 (210); 84, 168 (179 ff), wobei insb. nach letzterer Entscheidung dem Vater auch *rechtlich* die Befugnisse zustehen müssen. Zur Kritik hinsichtlich der Voraussetzung der Elternverantwortung, Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 72, mit dem Argument, dass dies weder bei genetischen ehelichen Eltern noch bei der nichtehelichen Mutter vorausgesetzt wird; ebenso kritisch mit dem Verweis auf einen Zirkelschluss, Coester JZ 92, 809 (813); kritisch auch Fleisch S. 27.

<sup>29</sup> BVerfG FamRZ 95, 789 (792); vgl. dazu Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 30.

<sup>30</sup> Coester FamRZ 95, 1245 (1246); ders. JZ 92, 809 (813); BVerfG FamRZ 95, 789 (792).

<sup>31</sup> So BVerfG FamRZ 95, 789 (792) „Nichteheliche Väter fallen „jedenfalls“ dann in den Schutzbereich, wenn sie nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften als Väter feststehen“

<sup>32</sup> BVerfG FamRZ 03, 285 (285 ff).

<sup>33</sup> Noch weitergehend Roth NJW 03, 3153 (3155), wonach die genetischen Eltern nicht nur „auch“ erfasst sind, sondern primär und vorrangig von Art. 6 GG geschützt werden. Diese Auffassung wird damit begründet, dass das Elternrecht nicht ein vom Staat verliehenes Recht ist, sondern ein ihm vorgegebenes Recht sei. Folglich müsse Art. 6 II GG in erster Linie an die biologische Elternschaft anknüpfen; dagegen Dietz InfAuslR 04, 102 (104).

Schutz des Art. 6 II (1) GG. Der Elternbegriff umfasst auch den biologischen Vater, wobei es nicht darauf ankommt, wie die Familienbeziehung mit der Mutter und die Beziehung zu dem Kind ist. Einschränkend stellt das Gericht jedoch fest, dass allein die Zeugung eines Kindes den Mann noch nicht Träger des Elternrechts werden lässt. Beachtet werden muss das Konkurrenzverhältnis zum rechtlichen Vater, der ebenso Träger des Elternrechts ist. Demzufolge soll Art. 6 II (1) GG dem biologischen Vater nur grundsätzlich die Möglichkeit eröffnen, die Rechtsstellung des Vaters des Kindes zu erlangen. Begrenzt wird dieses Recht insoweit, als diese Möglichkeit nur gewährt wird, wenn nicht der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern entgegensteht.

Damit folgt das BVerfG weitgehend der Ansicht von Coester-Waltjen<sup>34</sup>, die als verfassungsrechtlich geschützte Eltern grundsätzlich alle dem Kind biologisch oder rechtlich zugeordneten Eltern ansieht. Demnach begründet die genetische Abstammung ohne weiteres die verfassungsrechtliche Elternstellung und besteht neben der verfassungsrechtlichen geschützten sozialen Elternschaft, die diesen Rang (erst) erhält, wenn sie rechtlich verfestigt ist<sup>35</sup>. Danach hat das scheinheilige Kind einen biologischen und rechtlichen Vater, die sich beide auf Art. 6 II GG berufen können. Mit dieser Anerkennung wird aber noch nichts darüber ausgesagt, inwieweit diese Elternposition zu begrenzen oder auszuschließen ist, da nicht alle unter den verfassungsrechtlichen Elternbegriff fallende Personen Träger des Elternrechts sein können. Für jedes Kind kann nur ein Vater und eine Mutter verfassungsrechtlich geschützt sein. Folglich obliegt es wieder dem einfachen Gesetzgeber, zu bestimmen, welche Personen aus dem Kreis der verfassungsrechtlich als Eltern anerkannten Personen Träger des Elternrechts werden. Bei dieser Bestimmung ist der Gesetzgeber aber wiederum an die Funktion der Elternverantwortung gebunden, sodass er das Kindeswohl, die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten und den Schutz der Ehe und Familie zu berücksichtigen hat.

Somit wird deutlich, dass Art. 6 II GG nicht isoliert an die Blutsverwandtschaft anknüpft, sondern auch die Bereitschaft und Fähigkeit zur Wahrnehmung elterlicher Verantwortung voraussetzt und daneben die tatsächlich gewachsenen sozialen und physischen Bindungen des Kindes nicht unberücksichtigt lässt<sup>36</sup>.

### **b) Persönlicher Schutzbereich des Art. 6 I GG**

Ebenso wie bei Art. 6 II GG stellt sich bei Art. 6 I GG die Frage, inwieweit der personelle Schutz der Familie reicht<sup>37</sup>.

Unter den Begriff der Familie wird grundsätzlich die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern verstanden<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> V. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 69 ff; ebenso Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 68; Jestaedt DVBl. 97, 693 (694).

<sup>35</sup> Ebenso Jaestedt DVBl. 97, 693 (694) Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 75, wonach neben der genetischen Vaterschaft auch der Scheinvater von Art. 6 II GG erfasst wird und das Kind zwei verfassungsrechtliche Väter besitzt, aber die rechtliche Vaterschaft mittels gesetzlicher Bestimmungen (§§ 1600 ff BGB) eingeschränkt werden kann; ähnlich Ebeling/Zimmermann DEuFamR 99, 25 (34) - a.A. Helms FamRZ 97, 913 (914) der dem biologischen Vater das Elternrecht nur gewähren will, wenn zivilrechtlich keine anderweitige Vaterschaft besteht. Damit unterliegt er aber wiederum (s. FbN. 21) dem Fehler, dass das Zivilrecht die Verfassung nicht definieren kann.

<sup>36</sup> So auch Salgo NJW 95, 2129 (2131).

<sup>37</sup> Zur historischen Entwicklung des Familienschutzes in Art. 6 I GG, Schmid S. 244 ff; Fleisch S. 18 ff, 90 ff.

<sup>38</sup> Statt aller m.w.N. v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 77.

Neben der Beziehung des Kindes zu seinen verheirateten Eltern beziehungsweise zu seiner nichtverheirateten Mutter<sup>39</sup> ist inzwischen einheitlich anerkannt, dass die Beziehung des Kindes zu seinem *nichtverheirateten rechtlich anerkannten* Vater geschützt ist<sup>40</sup>.

In der bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 2003 hat das BVerfG darüber hinaus explizit ausgesprochen, dass vom persönlichen Schutzbereich des Art. 6 I GG auch der *genetisch-nichtrechtliche* (= *biologische*) Vater erfasst wird, *soweit* zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht<sup>41</sup>.

Damit stellt die neuere Rechtsprechung des BVerfG stark auf den sozialen Tatbestand ab<sup>42</sup> und schützt die *tatsächliche* Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Eltern und Kind, unabhängig davon, ob eine genetische Verbundenheit besteht<sup>43</sup>. Zwar knüpft der Familienbegriff zunächst an die genetische Abstammung an, jedoch bestimmt sich die konkrete Ausgestaltung des Familienschutzes an der verfassungsrechtlichen Schutzfunktion der Familie<sup>44</sup>. Für die Anerkennung entscheidend ist daher das Bestehen einer *tatsächlichen* Lebens- und Erziehungsgemeinschaft, welche nicht zwingend eine genetische Verwandtschaft erfordert.

Mit dieser neu aufgestellten Definition der Familie durch das BVerfG stellt sich die Frage, ob dies als eine grundsätzliche Einschränkung der früheren Rechtsprechung verstanden werden muss. Hinsichtlich der Anerkennung der nichtehelichen Mutter und des ehelichen Scheinvaters wurde im Bereich des Art. 6 I GG von der Rechtsprechung nicht konkret danach differenziert, ob tatsächlich eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind besteht<sup>45</sup>. Dagegen wurde der *nichtverheiratete rechtlich anerkannte* Vater, im Gleichlauf zur früheren Rechtsprechung zu Art. 6 II GG (s.o.), *nur dann* („*jedenfalls*“) von Art. 6 I GG geschützt, wenn er mit dem Kind zusammenlebt<sup>46</sup>. Diese Einschränkung wurde im Bereich des Art. 6 II GG aber inzwischen ausdrücklich aufgegeben (s.o.). Im Bereich des Art. 6 I GG ist dies bisher nicht erfolgt, sodass fraglich ist, ob diese Einschränkung weitergelten und auch auf die Mutter und der Scheinvater übertragen werden soll<sup>47</sup>.

Da das BVerfG nach dieser neueren Entscheidung die Familie als „tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Eltern und Kinder“ versteht und es als „nicht maßgeblich ansieht, ob die Kinder von den Eltern abstammen und ob sie ehelich oder nichtehelich

---

<sup>39</sup> BVerfGE 8, 210 (215); 18, 97 (105 f); 41, 119 (135); 25, 167 (196); vgl. auch Witteborg S. 72 ff.

<sup>40</sup> BVerfGE 45, 104 (123); 56, 363 (384); 79, 203 (211); vgl. auch Fleisch S. 18 ff, 90 ff; Witteborg S. 72 ff; Blech S. 103 ff.

<sup>41</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (822); so auch Bonner Kommentar/Pirson Art. 6 Rdn. 24 f.

<sup>42</sup> Kritisch dazu Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 21.

<sup>43</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (822); BVerfGE 79, 256 (267); v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 77; Bonner Kommentar/Pirson Art. 6 Rdn. 24 f; Hoffmann JAm 03, 453 (456 f); i.E. ebenso, aber umgekehrt angesetzt: Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 50 und Maunz-Dürig/Badura Art. 6 Rdn. 60, welche die Familie primär nach der genetischen Verbundenheit bestimmen wollen, aber nicht ausschließen, dass das Vater-Kind-Verhältnis abweichend davon geschützt ist, dies jedoch als Ausnahmefall ansehen, der seine Rechtfertigung nur erhält, wenn die Beistandsgemeinschaft tatsächlich gelebt wird; auf die genetische Verbundenheit abstellend auch Fleisch S. 14, 111 ff.

<sup>44</sup> V. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 79.

<sup>45</sup> Vgl. die Verweise in FbN. 39; Bonner Kommentar/Pirson Art. 6 Rdn. 24; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 11; Maunz-Dürig/Badura Art. 6 Rdn. 61; v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 77, 90; Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 50.

<sup>46</sup> BVerfGE 79, 203 (211); 56, 363 (383); 45, 104 (123).

<sup>47</sup> So einerseits Bonner Kommentar/Pirson Art. 6 Rdn. 24, der auf das Bestehen einer tatsächlichen Beziehung und insb. auf einen gemeinsamen Haushalt abstellen will; ähnlich Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 50. Dem wird in der Literatur aber widersprochen; vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 77, 90; wohl ebenso Maunz-Dürig/Badura Art. 6 Rdn. 61; nicht derart differenzierend auch v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 11; Sachs/Schmitt-Kammler Art. 6 Rdn. 16.

geboren wurden“, muss dies so aufgefasst werden. Insbesondere differenzierte das BVerfG in der Entscheidung nicht hinsichtlich des biologischen Vaters und bezieht sich auf die Eltern an sich. Das Gericht bestätigt auch, dass eine Familienbeziehung nicht vom Zusammenleben abhängig ist. Möglich ist, dass ein Kind zu beiden getrennt lebenden Elternteilen eine Familienbeziehung unterhalten kann, wenn beide Elternteile tatsächliche Verantwortung für das Kind übernehmen. Neben dem Zusammenleben kann demgemäß eine Familienbeziehung auch durch tatsächliche Verantwortungsübernahme begründet werden.

Entscheidend ist demzufolge, ob zwischen den Beteiligten eine *tatsächliche* Lebens- und Erziehungsgemeinschaft besteht, welche sich durch die Verantwortungsübernahme für das Kind und die daraus entstehende soziale Beziehung auszeichnet.

Problematisch an diesem Ansatz erscheint, dass - zumindest beim *biologischen* Vater - eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind vorausgesetzt wird. Dies hätte zur Konsequenz, dass ein solcher Vater eines nichtehelichen Kindes erst mit Laufe der Zeit, während dessen er eine sozial-familiäre Beziehung entwickelt, in den Schutzbereich hineinwachsen würde<sup>48</sup>. Die Mutter hätte es daher unter Umständen in der Hand, die Entstehung dieser Beziehung zu verhindern, um dadurch zu erreichen, dass dem Vater ein Grundrechtsschutz nicht zukommt. Sinnvoller wäre der Ansatz, den Schutzbereich unabhängig von einer sozial-familiären Beziehung zu eröffnen beziehungsweise ebenso deren Entwicklung zu schützen und folglich erst im Wege der praktischen Konkordanz eine Abwägung zu treffen<sup>49</sup>. Dies würde auch der Auffassung zu Art. 6 II GG (s.o.) und Art. 8 I EMRK (dazu sogleich unter **B.VI.2**) entsprechen und insoweit einen Gleichlauf ermöglichen.

Relevant wird diese Problematik insbesondere im Bereich des Umgangsrechts, sodass eine vertiefte Darstellung erst an dieser Stelle erfolgt.

### c) Ergebnis

Somit lässt sich festhalten, dass sowohl der rechtliche als auch der biologische Vater sich im Grunde auf Art. 6 II und Art. 6 I GG berufen können. Während jedoch im Bereich des Art. 6 II GG die genetische Verbundenheit für die Eröffnung des Schutzbereichs zunächst ausreicht und das Erfordernis einer tatsächlichen Verantwortungsübernahme dort überwunden wurde, ist dies im Bereich des Art. 6 I GG für den nichtverheirateten Vater, unabhängig seiner rechtlichen Anerkennung, ausdrücklich aufgestellt worden.

## **II Eingriff in Art. 6 GG**

### **1) Eingriff in Art. 6 II GG**

Ein Eingriff in das Recht aus Art. 6 II GG liegt vor, wenn mittels einer staatlichen Maßnahme das Elternrecht im Verhältnis der Eltern untereinander als auch im Verhältnis zum Kind beeinträchtigt wird<sup>50</sup>. Im Verhältnis der Eltern stellt die Übertragung einzelner Rechte des einen auf den anderen einen Eingriff dar. So wurde vom BVerfG entschieden, dass die Übertragung des Sorgerechts einen Eingriff darstellt<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> So auch Roth NJW 03, 3153 (3153, 3160).

<sup>49</sup> So auch v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 77 und 79 sowie 90.

<sup>50</sup> Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 35.

<sup>51</sup> BVerfGE 61, 358 (371 ff); 84, 168 (179 ff); vgl. zum Eingriff bezüglich § 1626 a BGB, Fink S. 51 f.

## **2) Eingriff in Art. 6 I GG**

Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 6 I GG sind alle Maßnahmen des Staates, welche die Familie schädigen, stören oder sonst beeinträchtigen<sup>52</sup>. So begründet beispielsweise die Nichtgewährung, Untersagung oder Beeinträchtigung des Umgangsrechts einen Eingriff.

## **III Rechtfertigung des Eingriffs**

### **1) Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 6 II GG**

Eingriffe in das Elternrecht aus Art. 6 II GG sind zum Teil nötig und gerechtfertigt.

Eine Rechtfertigung<sup>53</sup> kommt in Betracht, wenn der Staat seinem Wächteramt aus Art. 6 II (2) GG nachkommt<sup>54</sup>. Dabei bedarf Art. 6 II GG der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber<sup>55</sup>. Zu beachten ist, dass das Wächteramt nur zum Wohl des Kindes ausgeübt werden darf, dem Vorrang der Eltern Rechnung zu tragen ist und auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Begrenzung darstellt<sup>56</sup>. Insbesondere gestattet die Ermächtigung nicht die bestmögliche Förderung des Kindes gegen den Willen der Eltern, sodass ein Eingriff nur bei elterlichem Missbrauch oder Versagen gerechtfertigt ist<sup>57</sup>.

Berücksichtigt werden muss, dass abweichend davon, bei einer Regelung zum Ausgleich widerstreitender Elternrechte, ein abgeänderter Rechtfertigungsmaßstab gilt. Da sich in diesen Fällen zwei eigenständig geschützte Rechtspositionen gegenüberstehen und in Ausgleich gebracht werden müssen, ist eine staatliche Maßnahme insoweit nicht an die strengen Rechtfertigungsvoraussetzungen gebunden, die sonst für einen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht vorliegen müssen<sup>58</sup>.

### **2) Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 6 I GG**

Dagegen ist Art. 6 I GG ein vorbehaltloses Recht<sup>59</sup>. Daraus folgt, dass Eingriffe in die geschützte Familie nur statthaft sind, wenn sie durch kollidierendes Verfassungsrecht begründet werden und im Rahmen praktischer Konkordanz ihre Rechtfertigung finden<sup>60</sup>.

---

<sup>52</sup> BVerfGE 5, 55 (76); 55, 114 (126 f); 81, 1 (6); vgl. Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 7.

<sup>53</sup> Dogmatisch strittig ist, ob Art. 6 II (2) GG eine Schranke des Schutzbereichs darstellt oder ob er eine Grenze des Garantiebereichs ist, vgl. m.w.N. Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 85; Jestaedt DVBl. 97, 693 (697).

<sup>54</sup> Erforderlich ist, dass die Betätigung auf ein formelles Gesetz zurückgeht, Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 53; Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 32; ausführlich dazu Fink S. 52 ff.

<sup>55</sup> Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 36.

<sup>56</sup> Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 84; Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 40; Leibholz/Rinck/Hesselberger Art. 6 Rdn. 636 ff; Sachs/Schmitt-Kammler Art. 6 Rdn. 65 ff; ausführlich dazu Fink S. 52 ff, insb. 55 f.

<sup>57</sup> Sachs/Schmitt-Kammler Art. 6 Rdn. 67; Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 86 ff; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 93; v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 243.

<sup>58</sup> BVerfG FamRZ 71, 424 (425); BVerfG FamRZ 82, 1179 (1182) vgl. auch Sachs/Schmitt-Kammler Art. 6 Rdn. 69 a; ebenso Jestaedt DVBl. 97, 693 (696) mit der Begründung, dass in diesen Fällen der Staat ein Recht nicht an sich zieht, sondern dies nur unter den Eltern neu aufteilt.

<sup>59</sup> BVerfGE 24, 119 (135).

<sup>60</sup> Vgl. Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 15; Sachs/Schmitt-Kammler Art. 6 Rdn. 21.

## **IV Einfluss des Gleichstellungsgebots aus Art. 6 V GG**

Auf die Rechtsstellung der Väter nichtehelicher Kinder hat ferner Art. 6 V GG Einfluss.

Die Grundrechtsträger dieser Norm sind zwar nur die nichtehelichen Kinder selbst<sup>61</sup>, jedoch wird um des Kindes willen indirekt auch die Vater-Kind-Beziehung geschützt<sup>62</sup>. Nach Art. 6 V GG besteht daher für nichteheliche Kinder - und mittelbar für ihre Väter - ein grundsätzliches<sup>63</sup> Benachteiligungsverbot gegenüber ehelich geborenen Kindern<sup>64</sup>. Eine Ungleichbehandlung ist demzufolge nur zulässig, wenn eine Gleichstellung in ebenso geschützte Rechtsgüter Dritter eingreift oder der besonderen sozialen Situation des nichtehelichen Kindes nicht gerecht würde<sup>65</sup>.

Zu beachten ist, dass eine völlige rechtliche Gleichstellung nicht automatisch zu einer Gleichheit des Faktischen führt. Ziel des Art. 6 V GG ist die *tatsächliche* Lage des nichtehelichen Kindes an die des ehelichen Kindes anzugleichen<sup>66</sup>. Dies bedeutet letztlich, dass unterschiedliche und flexible Lösungen einer rechtlichen Gleichstellung vorzugswürdig sein können.

## **V Einfluss des Gleichberechtigungsaspekts aus Art. 3 GG**

Die Rechtsstellung der Eltern wird ferner von Art. 3 GG mitbestimmt. Zwar kann es eine absolute Gleichberechtigung „am“ Kind nicht geben, da allein das Kindeswohl bestimmt, ob und inwieweit die Eltern „gleich“ sind<sup>67</sup>. Prinzipiell geht Art. 6 II GG, auch im Hinblick auf Art. 3 GG, von einer grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Eltern aus und Zurücksetzungen eines Elternteils bedürfen der Rechtfertigung aus dem Kindesinteresse<sup>68</sup>. Diese Gleichwertigkeit führt letztlich dazu, dass nur das Kindeswohl einen Eingriff in das Elternrecht des jeweils benachteiligten Elternteils zu rechtfertigen vermag.

Sofern es an einer solchen Rechtfertigung fehlt, ist folglich nicht nur das Elternrecht aus Art. 6 II GG, sondern ebenso der Gleichheitssatz aus Art. 3 GG, verletzt<sup>69</sup>. Folglich kann man dies als „Recht auf Chancengleichheit nach Maßgabe des Kindeswohls“ bezeichnen<sup>70</sup>.

---

<sup>61</sup> V. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 116; Jarass/Pieroth Art. 6 Rdn. 50.

<sup>62</sup> V. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 117; Dreier/Gröschner Art. 6 Rdn. 122; Witteborg S. 120.

<sup>63</sup> Allerdings spricht der Wortlaut nur von gleichen Bedingungen und nicht von der Gleichheit an sich, sodass nicht die schematische Gleichwertigkeit, sondern nur eine materielle Gleichwertigkeit gefordert wird, Roth FamRZ 91, 139 (140); vgl. v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 118; Pieper FPR 98, 62 (71 f).

<sup>64</sup> So bspw. BVerfGE 87, 165 (185).

<sup>65</sup> So ausdrücklich BVerfGE 85, 80 (88); 84, 168 (185); 74, 33 (39).

<sup>66</sup> Vgl. m.w.N. Fink S. 84 ff.

<sup>67</sup> BVerfG NJW 71, 1447 (1448); Staudinger/Coester § 1671 Rdn. 163; Coester FPR 05, 60 (61); Humphrey FPR 03, 579 (580); Schumann FuR 02, 59 (60).

<sup>68</sup> Coester FPR 05, 60 (61); Schumann FuR 02, 59 (60); vgl. auch Blech S. 110; BVerfGE 24, 119 (135):

<sup>69</sup> Umstritten ist aber, ob dieses Gleichheitsgebot aus Art. 3 II GG (so v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 128) oder aus Art. 6 II GG (so Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 269 ff; Schumann FuR 02, 59 (59) FbN. 7; BVerfGE 99, 154 (164)) sich ableitet. Unabhängig davon besteht aber Einigkeit über die grundsätzliche Gleichwertigkeit.

<sup>70</sup> Coester S. 219 ff; ders. FPR 05, 60 (61).

# VI Einfluss der Rechtsprechung des EGMR

## 1) Rechtliche Bedeutung

Neben dem Rechtsschutz vor deutschen Gerichten steht den betroffenen Vätern - nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs - bei Verletzung der in der EMRK garantierten Rechte eine Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK zu<sup>71</sup>. Die darauf ergangenen Entscheidungen binden grundsätzlich<sup>72</sup> die deutschen Gerichte, sodass durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) die Rechtsposition von biologischen Vätern entscheidend mitbestimmt wird.

Insbesondere sind die Inhalte und Entwicklungen der EMRK bei der Auslegung des Grundgesetzes zu berücksichtigen, sofern es dadurch nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach der Verfassung kommt<sup>73</sup>.

Folglich kommt der EMRK eine wesentliche Bedeutung für das deutsche Familienrecht zu<sup>74</sup>.

## 2) Schutzbereich des Art. 8 EMRK

Hinsichtlich des Elternrechts eines Vaters ist im Wesentlichen Art. 8 EMRK relevant, wonach ein Recht auf Achtung des Familienlebens besteht.

Art. 8 I EMRK beinhaltet einen eigenständigen Familienbegriff, wonach sowohl Beziehungen aufgrund Ehe (sogenannte *de iure family life*) als auch solche aufgrund tatsächlichen Zusammenlebens (faktische Familien-Bande, sogenannte *family ties*) geschützt sind<sup>75</sup>. Der EGMR hat diesbezüglich ausgesprochen, dass das Recht auf Achtung des Familienlebens zwischen ehelicher und nichtehelicher Familie grundsätzlich keinen Unterschied macht<sup>76</sup>. Entscheidend ist demnach, ob ein *tatsächliches* Familienleben besteht, für dessen Bestimmung einzelfallbezogen auf tatsächliche Anhaltspunkte, wie gemeinsames Wohnen, gemeinsame Kinder oder auch nur das Interesse und die Bindung der Partner untereinander, abgestellt wird<sup>77</sup>.

---

<sup>71</sup> Vgl. zur Zulässigkeit und Begründetheit einer Individualbeschwerde im Familienrecht, Brückner FuR 02, 385 (385 ff).

<sup>72</sup> In der dt. Rechtsordnung kommt den Normen der EMRK und ihren Protokollen der Gesetzesrang eines einfachen Bundesrechts zu (vgl. BVerfG NJW 04, 3407 (3407 ff)). Daneben hat sich die BRD nach Art. 46 I EMRK zur Befolgung der Urteile des EGMR verpflichtet, was dazu führt, dass demnach auch die dt. Gerichte an die ergangenen Entscheidungen gebunden sind. Mangels kassatorischer Wirkung der Urteile ist eine Umsetzung nötig. Während die h.M. von einer strikten Bindungswirkung ausgeht, (vgl. Brückner FPR 05, 200 (200); ders. FuR 03, 385 (392) je m.w.N., Rixe FamRZ 05, 173 (176); ders. FamRZ 04, 1460 (1461 ff)) hat dies das BVerfG in letzterer Zeit etwas eingeschränkt (vgl. BVerfG NJW 04, 3407 (3407 ff)), aber auch z.B. BVerfG NJW 05, 1105 (1105) und 05, 1765 (1765); vgl. dazu Klein JZ 04, 1176 (1176 ff); Meyer-Ladewig NJW 05, 15 (15 ff)); Motzer FamRZ 06, 73 (80); allgemein zur Wirkung von Urteilen des EGMR in Deutschland Koeppl/Polakiewicz S. 71 ff, zu der Auswirkung der EMRK auf das europäische Familienrecht, vgl. v. Sachsen Gessaphe FamRZ 99, 1107 (1108 f).

<sup>73</sup> BVerfG NJW 87, 2477 (2477); BVerfG NJW 90, 2741 (2742); BVerfG FamRZ 97, 871 (873); Koeppl/Brötel S. 58; Bleckmann EuGRZ 94, 149 (150); vgl. auch Schumann S. 138; zu den Auswirkungen der EMRK auf das dt. Recht, vgl. Koeppl/Meng S. 5 ff;

<sup>74</sup> Zu den Problemen fehlender Berücksichtigung der EMRK im dt. Recht, Schumann S. 137 ff, 149 ff.

<sup>75</sup> Vgl. m.w.N. Brückner FPR 05, 200 (200); Grabenwarter § 22 I Rdn. 14; Meyer-Ladewig Art. 8 Rdn. 18; Frowein/Peukert Art. 8 Rdn. 15; Schumann S. 144 ff; Palm-Risse S. 194 ff; Brötel DAVorm 96, 745 (751 ff).

<sup>76</sup> EGMR EuGRZ 79, 454 (454 ff - Marckx); dazu Stellungnahme Kommission EuGRZ 78, 234 (234 ff) und Jayme FamRZ 79, 2425 (2425 ff); EGMR EuGRZ 87, 313 (313 ff - Johnston); EGMR NJW 95, 2153 (2153 ff - Keegan); vgl. Brötel FamRZ 95, 72 (74); ders. FamRZ 91, 3119 (3121 f); ders. ZfJ 92, 241 (243); Dörr JuS 96, 257 (257 f); Fahrenhorst FuR 95, 107 (107 ff); Rudolf EuGRZ 95, 110 (110 ff); Grabenwarter § 22 I Rdn. 16.

<sup>77</sup> Grabenwarter § 22 I Rdn. 16; vgl. auch Rixe FamRZ 04, 1460 (1463); Blech S. 124 f.



Mit Geburt eines Kindes aus einem solchen Familienverband entsteht ipso iure (vom Zeitpunkt der Geburt an) ein geschütztes Familienleben jedes Elternteils mit dem Kind. Auffallend dabei ist, dass nach Ansicht des EGMR es nicht schadet, wenn die Eltern im Zeitpunkt der Geburt nicht mehr zusammenleben und ihre Beziehung mittlerweile wieder beendet haben<sup>78</sup>.

Die Beziehung der Eltern untereinander ist daher von der Beziehung zu einem Kind zu unterscheiden. Ob eine solche vorliegt, bestimmt sich wiederum nach den tatsächlichen Umständen und liegt jedenfalls dann vor, wenn weitere Umstände, wie beispielsweise persönlicher Kontakt oder die Anerkennung der Vaterschaft, hinzukommen<sup>79</sup>. Soweit dagegen bereits zwischen den Eltern eine Familie in diesem Sinne bestand, setzt sich diese, auch nach Trennung der Eltern, zwischen dem jeweiligen Elternteil und dem Kind eigenständig fort, selbst wenn die Geburt erst nach der Trennung der Eltern stattfand<sup>80</sup>.

Bemerkenswert ist, dass Art. 8 EMRK auch die Beziehung des *biologischen* Vaters zu dem Kind schützt, wenn eine derartige Familienbeziehung vorliegt. Die Erlangung der rechtlichen Vaterschaft mittels Anerkennung ist dabei *nur eine* Möglichkeit, eine derartige Beziehungen zu begründen und nicht stets unabdingbare Voraussetzung. Das Fehlen einer *de iure*-Beziehung schließt das Bestehen eines Familienlebens nicht aus, wenn ein Familienleben *de facto* vorliegt<sup>81</sup>.

Angrenzend stellt sich daher die Frage, ob für die Eröffnung des Schutzbereichs hinsichtlich des biologischen Vaters, dieser weitere Umstände vorweisen muss oder ob er nicht schon allein auf Grund seiner genetischen Verbundenheit mit dem Kind von Art. 8 EMRK geschützt wird. Dies ist (war) im Bereich der EMRK umstritten<sup>82</sup> und wurde vom EGMR zunächst nicht abschließend entschieden. In den relevanten Fällen fordert der EGMR für die Annahme einer geschützten Familienbeziehung neben der genetischen Verbundenheit jeweils weitere Umstände. Neben einer (gegebenenfalls nur vorgeburtlichen - s.o.) gelebten Beziehung

---

<sup>78</sup> Vgl. m.w.N. Brückner FPR 05, 200 (200 f); Grabenwarter § 22 I Rdn. 17; z.B. EGMR NJW 95, 2153 (2154 - Keegan); EGMR NJW 01, 2315 (2316 f - Elsholz).

<sup>79</sup> Grabenwarter § 22 I Rdn. 16, m.w.N. in der Rechtsprechung

<sup>80</sup> Rudolf EuGRZ 95, 110 (111); Grabenwarter § 22 I Rdn. 17; EGMR NJW 95, 2153 (2153 ff - Keegan); vgl. zu Keegan: Brötel FamRZ 95, 72 (72 ff); Dörr JuS 96, 257 (257 f); Fahrenhorst FuR 95, 107 (107 ff).

<sup>81</sup> Fahrenhorst S. 101.

<sup>82</sup> Als ausreichend angesehen wohl OLG Naumburg FamRZ 04, 1507 (1510); ebenso Rudolf EuGRZ 95, 110 (111); so zu verstehen auch Müller S. 155; vielfach wird die genetische Verbundenheit nur für die unmittelbare Abstammung in gerader Linie ersten Grades (genetische Eltern) für ausreichend gehalten, Frowein/Peukert Art. 8 Rdn. 15; Koepfel/Brötel S. 51 und die vielfachen Nachweise bei Brötel S. 48, 55 f, 59 ff; - offen Schumann S. 144, 148; offen Coester FamRZ 95, 1245 (1251) FbN. 77; - eingeschränkt Fahrenhorst FuR 95, 107 (108), dies. S. 101 f, 104, 107 f, 354 ff, 405; 453 wonach eine Beziehung der Eltern nie bestanden haben muss, da auch ein nur *beabsichtigtes* Familienleben ausreicht, um eine Familienbeziehung von Vater und Kind begründen zu können (S. 107 f). Ihrerzufolge ist auch die Möglichkeit, ein Familienleben erst aufzubauen, geschützt, jedoch gewährt auch sie der biologischen Abstammung keine absolute Wertigkeit, sondern weist darauf hin, dass der EGMR das Vorliegen weiterer Voraussetzungen verlangt. Nach ihrer Ansicht sind diese Anforderungen umso geringer, je enger die Blutsverwandtschaft ist und somit im Falle der Eltern nur gering (S. 101 f). An anderer Stelle (S. 405) ist ihrnach *jedenfalls* dann, wenn neben der biologischen Abstammung tatsächlich ein Band, welches als Grundlage eines Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK angesehen werden kann, die Berufung auf Art. 8 EMRK zulässig; Kriterium für das Vorliegen eines Familienlebens ist nicht nur die blutsmäßige Abstammung, sondern auch das tatsächliche Zusammenleben oder die Zahlung von Unterhalt (S. 453). Soweit aber bspw. das Kind gleich nach der Geburt weggegeben wurde oder die Mutter jeglichen Kontakt verweigert, ist das Vorliegen eines Familienlebens zum Vater dennoch nicht ausgeschlossen (S. 405); - a.A. Rixe FamRZ 04, 1460 (1463); Brückner FPR 05, 200 (200 f), Palm-Risse S. 203, 206 ff, Breitenmoser S. 107 f; welche die biologische Verbundenheit allein nicht als ausreichend ansehen; vgl. auch Brötel ZfJ 92, 241 (242 f), ders. S. 65, der bei unmittelbarer Abstammung in gerader Linie ersten Grades (genetische Eltern) eine widerlegbare Vermutung für ein Familienleben befürwortet, wobei die Wiederlegung wohl nur in Fällen des Rechtsmissbrauchs als möglich angesehen wird.

zwischen den Eltern<sup>83</sup> wurde beispielsweise auch die Geburt weiterer gemeinsamer Kinder<sup>84</sup>, eine gemeinsame Familienplanung<sup>85</sup> oder Besuche des Kindes durch den biologischen Vater<sup>86</sup> als ausreichend angesehen. Den daraus zu folgernden Schluss, dass die alleinige genetische Verbundenheit nicht ausreicht, um als Vater des Kindes sich auf Art. 8 EMRK berufen zu können, hat der EGMR nun in einer bisher unveröffentlichten Entscheidung bestätigt<sup>87</sup>.

Insoweit scheint die Auffassung des EGMR demgemäß weitgehend dem verfassungsrechtlichen Verständnis von Art. 6 GG zu entsprechen.

Unter näherer Betrachtung zeigt sich jedoch ein wesentlicher Unterschied zur deutschen Rechtsprechung. Indem der EGMR eine *vor der* Geburt bestehende Beziehung *zwischen den Eltern* ausreichen lässt, um eine Beziehung des *Vaters zu dem Kind* entstehen zu lassen, geht er über die Aussage des BVerfG hinaus, wonach der biologische Vater nur von Art. 6 I GG geschützt wird, wenn *nach der* Geburt *zwischen ihm und dem Kind* eine sozial-familiäre Beziehung besteht<sup>88</sup>.

Festzuhalten bleibt daher, dass der EGMR den Schutz des biologischen Vaters früher entstehen lässt. Das tatsächliche Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zu dem Kind ist nach dieser Ansicht im Zeitpunkt der Geltendmachung von Rechten nicht erforderlich. Demzufolge sieht der EGMR auch das Begehren von Vätern, eine solche Beziehung erst aufzubauen, als schützenswert an<sup>89</sup>.

### **3) Eingriff in Art. 8 EMRK**

Ein Eingriff in Art. 8 EMRK liegt vor, wenn das dort verbürgte Familienleben gestört wird. Für staatliche Behörden folgt daraus eine negative wie positive Verpflichtung<sup>90</sup>. Erfasst wird danach beispielsweise auch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, bestehende familiäre Bindungen zu erhalten und fortzuentwickeln sowie auf die Zusammenführung von genetischen Eltern und ihren Kindern hinzuwirken<sup>91</sup>.

### **4) Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 8 EMRK**

Gemäß Art. 8 II EMRK ist ein Eingriff gerechtfertigt, wenn er auf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage beruht, zum Schutz der dort aufgezählten Interessen erfolgt und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist<sup>92</sup>. Letzteres Kriterium ist erfüllt, wenn der Eingriff einem dringenden sozialen Bedürfnis entspringt und selbst angemessen ist. Die Prüfung der Angemessenheit entspricht im Wesentlichen der aus dem deutschen

---

<sup>83</sup> Z.B. EGMR NJW 04, 3397 (3397 ff - Görgülü); EGMR EuGRZ 93, 547 (547 ff - Berrehab);

<sup>84</sup> Z.B. EGMR FamRZ 03, 813 (813 ff - Kroon).

<sup>85</sup> Z.B. EGMR NJW 95, 2153 (2153 ff - Keegan); vgl. dazu Brötel FamRZ 95, 72 (72 ff); Fahrenhorst FuR 95, 107 (107 ff); Dörr JuS 96, 257 (257 f); Rudolf EuGRZ 95, 110 (110 ff).

<sup>86</sup> Z.B. EGMR InfAuslR 96, 245 (245 ff - Gül).

<sup>87</sup> EGMR, Urteil in Sachen Lebbink/Netherlands Beschwerde 45 582/99 unter Ziffer 26, 37, 40, (bisher unveröffentlicht, erhältlich unter [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)); vgl. Brückner FPR 05, 200 (201).

<sup>88</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (822).

<sup>89</sup> Vgl. Brückner FPR 05, 200 (202).

<sup>90</sup> Vgl. dazu je m.w.N.: Meyer-Ladewig Art. 6 Rdn 20; Brötel ZfJ 92, 241 (243); ders. DAVorm 96, 745 (755); ders. S. 69; Brückner 03, 385 (388).

<sup>91</sup> Brückner FPR 05, 200 (202); vgl. bspw. EGMR EuGRZ 87, 313 (317 - Johnston); EGMR EuGRZ 79, 454 (455 - Marckx); dazu Jayme FamRZ 79, 2425 (2425 ff).

<sup>92</sup> Vgl. dazu je m.w.N.: Meyer-Ladewig Art. 6 Rdn 37 ff; Brötel ZfJ 92, 241 (243 f); Brückner 03, 385 (388) Fahrenhorst FamRZ 88, 238 (238 ff).

Verfassungsrecht bekannten Verhältnismäßigkeitsprüfung, sodass auf die dort bekannten Grundsätze zurückgegriffen werden kann.

## **5) Bedeutung des Art. 14 EMRK**

Neben Art. 8 EMRK kann Art. 14 EMRK für die Rechtsstellung der biologischen Väter Bedeutung gewinnen. Nach Art. 14 EMRK besteht ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich der in der Konvention festgelegten Rechte und Pflichten<sup>93</sup>. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass nicht alle Unterschiede diskriminierend sein müssen. Soweit eine objektive und vernünftige Rechtfertigung besteht, kann eine ungleiche Behandlung zulässig sein. Das Diskriminierungsverbot entspricht demzufolge im Wesentlichen Art. 3 GG, sodass auf diese Ausführungen Bezug genommen werden kann.

## **VII Einfluss weiterer internationaler Vorgaben**

### **1) Einfluss der UNO-Kinderrechtskonvention**

#### **a) Rechtliche Bedeutung**

Als eine weitere familienrechtliche Rechtsquelle hat die UNO-Kinderrechtskonvention Einfluss auf das deutsche Familien- und Kindschaftsrecht<sup>94</sup>. Im Rahmen der Ratifizierung dieses internationalen Vertrages hat die Bundesregierung allerdings eine völkerrechtliche Erklärung sowie einen Interpretationsvorbehalt<sup>95</sup> abgegeben und damit erklärt, dass das Übereinkommen innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung findet und daher individuelle Rechtsansprüche einzelner nicht direkt darauf gestützt werden können. Ferner wird hinsichtlich einzelner Bestimmungen nur eine eingeschränkte Interpretation zugelassen. Unabhängig der - in der Literatur kontrovers diskutierten<sup>96</sup> - Wirksamkeit eines derartigen Vorbehalts, stellt das Übereinkommen zumindest für die Bundesrepublik Deutschland und damit für den Gesetzgeber Zielvorgaben hinsichtlich der Rechte der Kinder auf<sup>97</sup>. Darüber hinaus zieht der EGMR die Konvention zur Auslegung der EMRK heran, sodass auf diesem Wege die Konvention mittelbar Einfluss auf diese und damit auch auf die Interpretation des Grundgesetzes hat<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> Vgl. bspw. zur Diskriminierung im Bereich von Art. 8 EMRK, EGMR EuGRZ 79, 454 (454 ff - Marckx); dazu auch Stellungnahme Kommission EuGRZ 78, 234 (234 ff) und Jayme FamRZ 79, 2425 (2425 ff); EGMR EuGRZ 87, 313 (313 ff - Johnston).

<sup>94</sup> Vertragstext abgedruckt in FamRZ 92, 253 (253 ff) bzw. inklusive der Denkschrift zu dem Übereinkommen in BT-Drucks 12/42; sowie BGBl. 1992 II, 121, 989, 990;

<sup>95</sup> Interpretationsvorbehalt abgedruckt in BT-Drucks 12/42 S. 29 ff; völkerrechtliche Erklärung abgedruckt in FamRZ 92, 266 (266); kritisch bspw. Ebert FamRZ 94, 273 (278, 280).

<sup>96</sup> Vgl. je m.w.N.: Baer NJW 93, 2209 (2210); Brötel ZfJ 98, 447 (451); ders. DAVorm 96, 843 (852); Stöcker FamRZ 92, 245 (247 f); ders. FamRZ 92, 895 (895 f); ders. RdJB 91, 75 (85); Richter FPR 04, 484 (485); Wolf ZRP 91, 374 (374 ff); Münning ZfJ 92, 553 (555); Häde/Jachmann FamRZ 96, 632 (634 f); Koeppl ZfJ 91, 355 (355 ff); Ebert FamRZ 273 (275, 278); Koeppl/Ebert S. 107 f, 113; Koeppl/Meng S. 23 ff; Herdegen FamRZ 93, 374 (379 f); Schlüter FuR 94, 341 (343 f); Reeken ZfJ 94, 449 (452 f); Coester/Hansen S. 30; Ullmann FamRZ 91, 898 (898 ff); ders. FamRZ 92, 892 (892 ff); Schumann S. 160 ff; insb. S. 163; sowie die Auffassung der Bundesregierung in der Denkschrift zum Übereinkommen, BT-Drucks 12/42 S. 32; beachte auch Art. 51 der Konvention, die Vorbehalte ausdrücklich vorsieht; kritisch Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste S. 16.

<sup>97</sup> Vgl. zu den Auswirkungen der Konvention auf das dt. Recht, Koeppl/Meng S. 23 ff; Blech S. 132.

<sup>98</sup> Vgl. bspw. EGMR FamRZ 95, 110 (111 - Keegan); so auch Schumann S. 166.

## **b) Rechte der Konvention**

Da sich die UNO- Kinderrechtskonvention nur auf Kinderrechte bezieht, kann sie Rechte der Eltern und explizit die der nichtverheirateten Väter nicht unmittelbar begründen. Insbesondere haben die Entwurfverfasser von einer umfassenden Beschreibung der Rechte der erziehungsberechtigten Personen abgesehen, da ein Übereinkommen über die Rechte des Kindes nicht der geeignete Rahmen sei, um dies zu regeln<sup>99</sup>. Folglich kann sich lediglich eine Reflexwirkung der Rechte der Kinder auf die Rechtsstellung der Eltern ergeben.

### **aa) Elternbegriff der Konvention**

Fraglich ist allerdings, wer überhaupt von dem Elternbegriff der Konvention erfasst wird.

Dies stellt sich bereits für die Rechtsstellung des *nichtverheirateten, aber rechtlich anerkannten* Vaters problematisch dar, da umstritten ist, inwieweit sich die Konvention auf die familien- und erbrechtliche Stellung nichtehelicher Kinder überhaupt bezieht<sup>100</sup>.

Einerseits wurden entsprechende Anträge, hinsichtlich der Aufnahme eines expliziten Diskriminierungsverbots und Gleichstellungsgebots bezüglich nichtehelicher Kinder, mangels Konsens nicht aufgenommen<sup>101</sup>. Andererseits besteht mit Art. 2 der Konvention ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches eine Diskriminierung wegen der Geburt oder des Status des Kindes verbietet<sup>102</sup>. Die Bundesrepublik sieht sich daher, wie in dem Interpretationsvorbehalt klargestellt wird<sup>103</sup>, zwar grundsätzlich dazu verpflichtet, keinen diskriminierenden Unterschied zwischen ehelichen und nichtehelichen Kind zu machen, jedoch erkennt sie keine Verpflichtung an, dass sich die familien- und erbrechtliche Verhältnisse von ehelichen und nichtehelichen Kindern entsprechen müssen.

Da die Konvention keine explizite Aussage darüber trifft, wer als die Eltern des Kindes anzusehen sind<sup>104</sup>, stellt sich außerdem die Frage, ob auch für den *genetisch-nichtrechtlichen* (= *biologischen*) Vater Rechtswirkungen abgeleitet werden können.

Einerseits besteht „soweit wie möglich“ ein Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Eltern (Art. 7 I der Konvention), was als Hinweis auf die genetische Elternschaft ausgelegt werden kann. Andererseits wird wohl nicht einmal der nichtverheiratete rechtliche Vater von der Konvention erfasst (s.o.), sodass erst recht nicht der biologische Vater unter die Konvention subsumiert werden kann. Aber auch soweit der biologische Vater unter den Elternbegriff subsumiert werden könnte, ergeben sich daraus keine abschließenden Folgerungen, da nach Art. 8 I der Konvention auch eine Verpflichtung besteht, die gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen des Kindes zu achten<sup>105</sup>.

---

<sup>99</sup> Denkschrift zum Übereinkommen BT-Drucks 12/42 S. 33, 36; Art. 5 der Konvention respektiert daher die Elternverantwortung und lässt sie unberührt; vgl. dazu Blech S. 137 ff.

<sup>100</sup> Stöcker FamRZ 92, 245 (249); ders. RdJB 91, 75 (79); Richter FPR 04, 484 (485); Schlüter FuR 94, 341 (343 f); Schumann S. 160 ff; Ullmann FamRZ 92, 891 (893); Baer DAVorm 96, 855 (857); ders. DAVorm 96, 745 (750); Brötel DAVorm 96, 843 (847); ders. ZfJ 98, 141 (144) FfN. 28; Reeken ZfJ 94, 449 (455 f); Schwab FamRZ 89, 1041 (1042); Denkschrift zum Übereinkommen BT-Drucks 12/42 S. 34, 35; Koeppel ZfJ 01, 355 (355 ff); Koeppel/Singhammer S. 143; Wolf ZRP 91, 374 (376); Blech S. 132 ff.

<sup>101</sup> Denkschrift zum Übereinkommen BT-Drucks 12/42 S. 34, 35; vgl. Stöcker RdJB 91, 75 (79); Blech S. 132.

<sup>102</sup> Richter FPR 04, 484 (485); Schlüter FuR 94, 341 (343); vgl. Stöcker RdJB 91, 75 (79); Blech S. 133 f.

<sup>103</sup> BT-Drucks 12/42 S.35.

<sup>104</sup> So auch Helms FuR 96, 178 (179); Berney/Guillod SJZ 93, 205 (207 f); Dorsch S. 116 f und dort FfN. 110; mit der Frage, ob unter *Eltern* insoweit die genetischen, rechtlichen oder sozialen Eltern gemeint sind; vgl. dazu auch Stöcker RdJB 91, 75 (84); auf die rechtlichen Eltern sich beziehend Helms S. 149; vgl. Klinkhardt DAVorm 00, 817 (822).

<sup>105</sup> Vgl. auch Gaul FamRZ 97, 1441 (1445).

## **bb) Rechtspositionen der Konvention**

Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, da für die vorliegende Untersuchung relevante Rechtspositionen nicht begründet werden.

Insbesondere bestehen für das Sorge- und Umgangsrecht, unabhängig von dem Streit, ob die Konvention überhaupt auf nichteheliche Kinder Anwendung findet, keine weitergehende Rechtspositionen.

Der Grundsatz der gemeinsamen Sorge nach Art. 18 der Konvention ist begrenzt auf die intakte eheliche Familie, sodass abweichende Regelungen im Falle der Trennung sowie bei nichtehelichen Kindern zulässig sind<sup>106</sup>.

Das Kontaktrecht des Kindes zu seinen getrennt lebenden Elternteil nach Art. 9 III der Konvention ist im deutschen Recht - zumindest mittlerweile<sup>107</sup> - ausreichend verwirklicht.

## **c) Ergebnis**

Im Ergebnis kann die Konvention für den nichtverheirateten Vater, unabhängig ob er rechtlich als Vater anerkannt ist, keine eigenständigen Rechte verbürgen, sodass für das deutsche Recht insoweit kein einzuhaltender Maßstab vorgegeben wird. Somit hat die Konvention keine weitreichendere Bedeutung, da bereits Art. 6 V GG die Gleichstellung nichtehelicher Kinder fordert und einen klaren Gestaltungsauftrag begründet.

## **2) Einfluss der europäischen Grundrechtscharta**

Zunehmenden Einfluss auf das nationale Recht gewinnt das Recht der Europäischen Union. Insbesondere für den bisher kaum betroffenen Bereich des Familienrechts sieht die Europäische Grundrechtscharta bedeutsame Regelungen vor. Nach Art. 7 der Grundrechtscharta besteht ein Recht auf Achtung des Familienlebens und Art. 24 III der Grundrechtscharta gewährt jedem Kind einen Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehung und direkten Kontakt zu beiden Elternteilen, es sei denn, dass dies seinem Wohl entgegensteht.

Unabhängig davon, ob mit diesen Normen ein über den des Grundgesetzes hinausgehender Gewährleistungsumfang eingeräumt werden soll, können mangels deren rechtlicher Verbindlichkeit, eigenständige Rechte der biologischen Väter (noch) nicht begründet werden.

## **3) Sonstige völkerrechtliche Vorgaben**

Über die genannten internationalen Vorgaben hinaus bestehen im Bereich des Familienrechts weitere beachtenswerte völkerrechtliche Vereinbarungen.

### **a) Einfluss des Europarat-Übereinkommens über den Umgang mit Kindern**

Zu berücksichtigen ist zunächst das Europarat-Übereinkommen über den Umgang mit Kindern<sup>108</sup>. Bereits vor Zeichnung dieses Übereinkommens hat der Gesetzgeber diese Vorgaben und Anregungen in die Reform des Umgangsrechts miteinbezogen<sup>109</sup>. Nach Art. 5 I des Übereinkommens soll, soweit es dem Wohl des Kindes dient, zwischen dem Kind und Personen, die nicht seine Eltern sind, aber (bereits bestehende) familiäre Bindungen

---

<sup>106</sup> So die Ansicht der Bundesregierung, BT-Drucks 12/42 S. 39, 44 sowie FamRZ 92, 266 (267) mit dem Hinweis auf das Kindeswohl nach Art. 3 I der Konvention; vgl. auch Schumann S. 159; kritisch Blech S. 142 f.

<sup>107</sup> So § 1684 BGB; nach Ansicht der Bundesregierung stand die Konvention auch § 1711 BGB a.F. nicht entgegen, da sie auf nichteheliche Kinder nicht anwendbar ist (s.o.); kritisch Schumann S. 159; Blech S. 142.

<sup>108</sup> „Convention on contact concerning children“.

<sup>109</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 7 f, 12; vgl. auch Höfelmann FamRZ 04, 745 (746 f).

aufweisen, Umgang ermöglicht werden. Darüber hinaus stellt es das Übereinkommen nach Art. 5 II den Vertragsstaaten frei, über diese Vorgaben hinaus den Kreis der Umgangsberechtigten auszudehnen. Diesen verbindlichen Vorgaben ist der Gesetzgeber in der Reform des Umgangsrechts (dazu unter **D.II.2**) gefolgt, sodass insoweit keine weitergehenden Verpflichtungen bestehen.

#### **b) Einfluss des internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte**

Eine weitere zu beachtende internationale Vereinbarung ist der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966<sup>110</sup>.

Nach Art. 23 I IpbürgR ist die Familie Kernzelle der Gemeinschaft und hat daher einen Schutzanspruch. Gemäß Art. 24 I IpbürgR ist grundsätzlich die Diskriminierung hinsichtlich der Geburt untersagt<sup>111</sup>.

Die Umsetzung und Anwendung im deutschen Recht in Bezug auf nichteheliche Familien und Kinder wurde zwischenzeitlich kritisiert, mittlerweile aber weitgehend verwirklicht (dazu später)<sup>112</sup>. Für den biologischen Vater können allerdings keine weitergehenden Rechtsansprüche, als bereits zu Art. 6 II GG vertreten, darauf gestützt werden.

#### **c) Einfluss des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierungen der Frau**

Keine Bedeutung hinsichtlich der Rechtsstellung der biologischen Väter kann aus dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierungen der Frau abgeleitet werden<sup>113</sup>. Ein Gleichbehandlungsgebot besteht auch nach deutschem Verfassungsrecht, sodass weitergehende Anforderungen daraus nicht begründet werden können<sup>114</sup>.

#### **d) Einfluss des Europäischen Übereinkommens über die Rechtsstellung des außerhalb der Ehe geborenen Kindes**

Keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der biologischen Väter hat auch das Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung des außerhalb der Ehe geborenen Kindes<sup>115</sup>. Derartige Forderungen sind im deutschen Recht wohl weitgehend mittlerweile verwirklicht (dazu später) und darüber hinaus hat die Bundesrepublik Deutschland das Abkommen bisher nicht ratifiziert.

#### **e) Einfluss des Haager Kindesentführungsübereinkommens und des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens**

Keine Wirkung auf die Rechtsstellung genetischer Väter nichtehelicher Kinder haben auch das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen<sup>116</sup> sowie das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung von Sorgerechtsverhältnissen<sup>117</sup>. Beide internationale Übereinkommen erfassen nur das Sorgerecht und ein auf Sorgeberechtigte begrenztes Umgangsrecht, sodass sowohl auf

---

<sup>110</sup> BGBl. 1973 II, 1533; 1976 II, 1068.

<sup>111</sup> Vgl. dazu und zu den für die Interpretation wesentlichen General Comments, Koeppl ZfJ 92, 250 (250 ff); sowie Koeppl/de Zayas S. 91 ff.

<sup>112</sup> Vgl. Schumann S. 155 ff.

<sup>113</sup> BGBl. 1985 II, 647;

<sup>114</sup> Vgl. Schumann S. 167.

<sup>115</sup> Vgl. dazu Schumann S. 166 f; Stöcker DAVorm 78, 481 (489 f); Baer DAVorm 96, 855 (856).

<sup>116</sup> BGBl 1990 II 205 (207).

<sup>117</sup> BGBl 1990 II 206 (220).

biologische Väter als auch auf nichteheliche Väter ohne Sorgerechtsbeteiligung (§ 1626 a II BGB) nicht Bezug genommen wird<sup>118</sup>. Für diese, in Bezug auf die vorliegende Arbeit wesentlichen Bereiche, finden diese Normen demzufolge keine Anwendung.

#### **4) Ergebnis**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das deutsche Familienrecht mittlerweile weitgehend den internationalen Vorgaben entspricht. Ausführungen zu den Rechten der biologischen Väter finden sich in den niedergelegten Norm nicht. Für die Rechte dieser Väter ist daher auf die dort niedergelegten allgemeinen Grundsätze des Familienschutzes und der Gleichberechtigung zurückzugreifen. Diese finden sich fast identisch im deutschen Grundgesetz und der EMRK wieder. Folglich kann ein angemessenes Ergebnis ebenso über eine fortschrittliche Interpretation dieser Normen erreicht werden.

Dabei ist jedoch zu bedenken, dass bei einem Verstoß gegen diese Grundsätze regelmäßig auch internationale Vorgaben tangiert werden und entsprechende Sanktionen nach sich ziehen können.

Auf Grund der Übereinstimmung in diesen Grundsätzen kann im weiteren Verlauf der Arbeit die Untersuchung im Wesentlichen auf das Grundgesetz und die EMRK beschränkt werden. Dabei ist zu beachten, dass diese beiden Regelungsbereiche *offene* Rechtsmaterien sind und keine vollkommenen und abschließenden Regelungen darstellen. Diese Offenheit ermöglicht es, Veränderungen in sozialen, wirtschaftlichen und technischen Bereichen Rechnung zu tragen und sich dem entsprechenden Wandel der Zeit anzupassen<sup>119</sup>. Die Normen können daher durch die zuständigen Gerichte zeitgemäß und fortschrittlich ausgelegt werden.

Neben dem Grundgesetz kommt auch der EMRK entscheidende Bedeutung zu, da sie eigenständig, durch ein unabhängiges Gericht, mit Rechtswirkung auf den deutschen Rechtsraum interpretiert wird. Darüber hinaus gibt sie dem Einzelnen, mittels Individualbeschwerde, eine Einflussmöglichkeit und ist damit von einer gesetzgeberischen Umsetzung, wie regelmäßig bei internationalen Übereinkommen, abgekoppelt.

---

<sup>118</sup> Vgl. Finger FuR 02, 403 (403 f); Limbrock FamRZ 99, 1631 (1631 ff), wobei dieser ein „potentielles“ Sorgerecht wohl ausreichen lassen will.

<sup>119</sup> Vgl. dazu und zu einer Begrenzung durch den Normtext, m.w.N. Benda/Maihofer/Vogel § 1 Rdn. 16 f, 22 f. Für die vorliegende Betrachtung ist diese Begrenzung durch den Normtext allerdings unproblematisch, da die Begriffe Familie/Eltern insoweit interpretationsfähig sind. Zum Wandel der Auslegung von Verfassungsnormen vgl. bereits die Nachweise in FBn. 3.

## **C Die Bestimmung und Abänderung der rechtlichen Vaterschaft**

Diese verfassungsrechtlichen und internationalen Vorgaben hat das Zivilrecht primär in den §§ 1589 ff BGB umgesetzt.

Da das Familienrecht die väterlichen Rechte grundsätzlich dem rechtlichen Vater zuweist, ist für den Erzeuger von entscheidender Bedeutung, ob er auch rechtlich als Vater des Kindes anerkannt wird. Demzufolge ist zunächst zu untersuchen, wie der genetische Vater die rechtliche Vaterschaft erlangen kann.

### **I Die Erlangung der rechtlichen Vaterstellung**

Die Bestimmung der rechtlichen Vaterschaft regelt primär § 1592 BGB. Die rechtliche Vaterschaft besteht nur, wenn der Erzeuger im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter *verheiratet* war (**I.1**), die Vaterschaft *anerkannt* hat (**I.2**) oder diese *gerichtlich* hat *feststellen* lassen (**I.3** und **I.4**)<sup>120</sup>. Die Aufzählung des § 1592 BGB ist abschließend, sodass ausschließlich unter diesen Voraussetzungen eine rechtliche Vater-Kind-Zuordnung begründet werden kann<sup>121</sup>.

Problematisch an dieser rechtliche Ausgestaltung ist, dass in manchen Fällen die genetische und rechtliche Vaterschaft auseinander fällt.

Demzufolge ist im Anschluss daran (unter **II**) zu untersuchen, ob diese Divergenz gerechtfertigt ist oder eine Abänderung mittels Vaterschaftsanfechtung offen stehen muss.

#### **1) Ehemann § 1592 Nr. 1 BGB**

Gemäß § 1592 Nr. 1 BGB ist derjenige Mann Vater des Kindes, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist. Somit wird dem während einer Ehe geborenem Kind automatisch der Ehemann als Vater zugeordnet<sup>122</sup>.

Diese Vaterschaftsvermutung greift vorrangig ein und verdrängt zunächst die Möglichkeiten der Anerkennung und der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung, da dort jeweils vorausgesetzt ist, dass keine anderweitige Vaterschaft besteht (vgl. § 1594 II und § 1600 d I BGB)<sup>123</sup>.

##### **a) Voraussetzungen**

Da es sich bei dieser Regelung um eine gesetzliche Vermutung<sup>124</sup> handelt, ist außer dem Bestehen der Ehe im Zeitpunkt der Geburt<sup>125</sup> keine weitere Voraussetzung zu erfüllen<sup>126</sup>. Auf

---

<sup>120</sup> Grundlegend zum Abstammungsrecht, Gaul FamRZ 97, 1441 (1441 ff).

<sup>121</sup> Staudinger/Rauscher § 1592 Rdn. 10; MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 1; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1592 Rdn. 14 f; Gaul FamRZ 97, 1441 (1446); BT-Drucks 13/4899 S. 83; nach dem expliziten Wortlaut der Gesetzesbegründung sollen die anerkannten Ausnahmen der inzidenten Abstammungsüberprüfung ohne verbundener Statusänderung bestehen bleiben, dazu MüKo zur ZPO/Coester-Waltjen § 640 Rdn. 44 f; MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 63 ff; Gaul FamRZ 97, 1441 (1448); Soergel/Gaul § 1593 Rdn. 31 ff; Feuerborn FamRZ 91, 515 (519), Grün S. 29; vgl. OLG Köln FamRZ 78, 834 (835); OLG Köln FamRZ 03, 1751 (1751).

<sup>122</sup> Allgemein zur Vaterschaft auf Grund Ehe, Rauscher FPR 02, 352 (352 ff); Gaul FamRZ 97, 1441 (1446 ff); zur historischen Entwicklung vgl. Michaelis S. 95 ff.

<sup>123</sup> Rauscher FPR 02, 352 (353); Erman/Holzhauser § 1592 Rdn. 9; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1592 Rdn. 11 f; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1599 Rdn. 6.

<sup>124</sup> Staudinger/Rauscher § 1592 Rdn. 15; Palandt/Diedrichsen § 1592 Rdn. 3.



den Zeitpunkt der Zeugung kommt es nicht an<sup>127</sup>. Diese Vermutung gilt selbst dann, wenn es offenbar unmöglich ist, dass der Ehemann genetischer Vater des Kindes ist<sup>128</sup>.

### **b) Ausnahmen §§ 1593, 1599 II BGB**

Eine Ausnahme davon ist nur in den Sonderfällen des §§ 1593, 1599 II BGB anerkannt, wenn die Geburt im Zusammenhang mit der Trennung der Eheleute mittels Tod (**aa**) oder Scheidung (**bb**) stattfindet<sup>129</sup>.

#### **aa) Zuordnung nach § 1593 BGB**

Die in § 1593 (3) BGB geregelte Ausnahme kommt dem Vater eines nichtehelichen Kindes nicht zugute, da die Vorschrift nur die Zuordnung des Kindes zu dem neuen Ehepartner der Mutter statuiert und somit eine (Wieder-) Heirat der Mutter nach dem Todesfall des (Erst-) Ehemanns voraussetzt.

#### **bb) Zuordnung nach § 1599 II BGB**

Dagegen betrifft die Ausnahmeregel des § 1599 II BGB den nichtehelichen Vater. Die normative Zuordnung des Kindes zum Ehemann der Mutter greift demnach nicht ein, wenn das Kind nach Anhängigkeit des Scheidungsantrags geboren wird und ein anderer Mann, spätestens ein Jahr nach Rechtskraft der Scheidung, die Vaterschaft anerkennt. Neben der Zustimmung der Mutter für die Anerkennung, § 1595 BGB, bedarf es in diesem Fall auch der Zustimmung des Mannes, der bei Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet war. Diese Regelung beseitigt die Zuordnung zum Ehemann der Mutter und begründet gleichzeitig und zwingend die Zuordnung zu dem anerkennenden Mann.

§ 1599 II BGB ist demzufolge eine Mischnorm zwischen Anfechtung und Anerkennung.

Für den biologischen Vater, der sich um die Anerkennung der Vaterstellung bemüht, stellt die Norm, unabhängig von ihrer anderweitigen Kritikwürdigkeit<sup>130</sup>, daher ausschließlich einen Vorteil dar, da sie ihm die Erlangung der Vaterstellung erleichtert.

---

<sup>125</sup> In Abkehr von § 1591 I (1) BGB a.F., wonach die *Empfängnis* während der Ehe ausreichend war. Nach geltendem Recht gilt insoweit nur noch eine Ausnahme im Falle des Todes des Ehemanns, § 1593 BGB, vgl. dazu Gaul FamRZ 97, 1441 (1447); ders. FamRZ 00, 1461 (1462).

<sup>126</sup> Rauscher FPR 02, 352 (353); die Zuordnung bleibt auch bestehen, wenn die Ehe durch Tod, Scheidung oder Eheauflösung beendet wird; nur bei einer sogenannten Nichtehe gilt die Zuordnung nicht, Rauscher FPR 02, 352 (353 f), Will FPR 05, 172 (173); Grün S. 31 ff.

<sup>127</sup> Rauscher FPR 02, 352 (353); Grün S. 31.

<sup>128</sup> Will ZPR 05, 172 (173); Rauscher FPR 02, 352 (353); Palandt/Diedrichsen § 1592 Rdn. 3.

<sup>129</sup> Vgl. dazu Rauscher FPR 02, 352 (354 f), ders. FPR 02, 359 (367).

<sup>130</sup> Zur weitläufigen Kritik an dieser Norm, m.w.N. Gaul FamRZ 97, 1441 (1448 ff, 1454 ff); ders. FamRZ 00, 1461 (1463 ff); ders. S. 647 ff; Müller S. 60 ff; Veit FamRZ 99, 902 (906); Diederichsen NJW 98, 1977 (1978), Ramm JZ 96, 987 (992); Mutschler FamRZ 94, 65 (68); Rauscher Rdn. 780; ders. FPR 02, 359 (368); Muscheler JR 99, 356 (358); v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 120; vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 53. Die Kritik bezieht sich jedoch ausschließlich auf das Kindesinteresse und bemängelt die fehlende Mitwirkung und die damit verbundene Objektstellung des Kindes sowie die Möglichkeit des Statusverlustes ausschließlich auf Grund privatautonomer Vereinbarungen. § 1599 II BGB verletzt daher dieser Ansicht nach das Persönlichkeitsrecht des Kindes (Art. 2 I GG), überschreitet das Wächteramt des Staates (Art. 6 II GG) und hält nicht der UNO-Kinderrechtskonvention (Art. 3, 7, 12) stand; kritisch auch Diederichsen NJW 98, 1977 (1979) mit dem Hinweis auf Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung; - a.A. insoweit Zimmermann DNotZ 98, 404 (408); Meyer S. 154; Coester DEuFamR 99, 3 (5, 6 f); Seidel FPR 05, 182 (183); Helms FuR 96, 178 (183); Coester-Waltjen Jura 98, 436 (438); FamRefK/Wax § 1599 Rdn. 5 ff; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1599 Rdn. 44; Greßmann Rdn. 73; mit dem Hinweis, dass auch bei der Anerkennung eine Disposition über das Kind erfolgt; so auch BT-Drucks 13/4899 S. 53; zu den unterhaltsrechtlichen Folgeproblemen vgl. Wagner FamRZ 99, 7 (10 ff). Dagegen hält Schumann S. 255 f (vgl. auch S. 261) die Norm für zu eng und befürwortet letztlich deren Ausweitung, in der nicht mehr auf das Scheidungsverfahren und die Scheidung abgestellt werden soll. Unabhängig weitergehender Kritik ist dem insoweit zuzustimmen, als mit der Einführung des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters (§ 1600 BGB) nicht mehr auf einen absoluten Schutz der Ehe abgestellt wird. Letztlich muss dem aber

Keine Zweifel bestehen auch insoweit, als mit diesem Regelungsmechanismus nicht sichergestellt wird, dass der biologische Vater unter den einvernehmlich Handelnden ist. Die Gefahr einer Anerkennung durch einen Dritten ist ein grundsätzliches Problem der Anerkennung und ist daher allgemein in dessen Untersuchung noch zu prüfen (C.I.2)<sup>131</sup>.

### **c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Die Vaterschaftsvermutung kraft Ehe nach § 1592 Nr. 1 BGB entspricht der althergebrachten Rechtsregel des „pater vero is est, quem nuptiae demonstrant“, die eine deutsche Rechtstradition darstellt<sup>132</sup> und sich, in unterschiedlicher Ausgestaltung, weltweit in allen Rechtsordnungen wiederfindet<sup>133</sup>.

#### **aa) Ausgangspunkt**

Die Vermutung hat aber zur Konsequenz, dass durch diese Ausgestaltung die genetische Vaterschaft mit der rechtlichen Vaterschaft auseinanderfallen kann. Nach Ansicht des Gesetzgebers ist dies entweder zum Schutz der sozialen Familie gerechtfertigt oder anderenfalls über die Vaterschaftsanfechtung ausreichend abänderbar<sup>134</sup>.

Bevor diese Annahme verfassungsrechtlich untersucht wird, ist zu fragen, ob überhaupt der herkömmliche Ansatz der Vaterschaftsvermutung dem modernen Verfassungsverständnis des Art. 6 GG noch gerecht wird und mit der sozialen Wirklichkeit vereinbar ist.

#### **bb) Verfassungsrechtliche Vorgaben**

Zu dieser Problematik hat das BVerfG wie folgt Stellung genommen<sup>135</sup>.

Grundsätzlich sind diejenigen, die ein Kind in die Welt gesetzt haben, dazu berufen, die Verantwortung für das Kind zu übernehmen<sup>136</sup>. Demnach ist der Gesetzgeber grundsätzlich dazu verpflichtet, die Rechtsposition der Eltern an der genetischen Abstammung des Kindes auszurichten<sup>137</sup>. Diese Pflicht statuiert aber noch keine zwingende Vorgabe, die rechtliche Elternstellung stets von der genetischen Abstammung abhängig zu machen. Vielmehr ist es zulässig, zum Schutz familiärer Beziehungen (Art. 6 I GG) und zum Schutz der Intimsphäre (Art. 2 I GG), aus tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen auf die Abstammung des Kindes zu schließen und davon ausgehend die rechtliche Elternschaft festzulegen<sup>138</sup>. Dies gilt zumindest solange, wie dies dazu führt, dass dadurch die genetische und rechtliche Elternschaft *in der Regel* zusammenfällt<sup>139</sup>.

---

entgegengehalten werden, dass § 1599 II BGB nicht auf Parteivereinbarung reduziert werden kann. Vielmehr muss das Scheidungsverfahren hinzukommen, sodass ein objektives Kriterium besteht, das vermittelt, dass die Ehe gestört ist und daher die Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Ehemanns gering ist; so auch Wagner FamRZ 99, 7 (9).

<sup>131</sup> So auch Zimmermann DNotZ 98, 404 (409); Veit FamRZ 99, 902 (906).

<sup>132</sup> Paulus, Digesten 2, 4, 5; BT-Drucks 13/4899 S.52; Gaul FamRZ 97, 1441 (1446); Gaul S. 619, 629 ff, 637 ff; Schwenzer S. 228; dies. FamRZ 92, 121 (123); dies. FamRZ 85, 1 (1) je m.w.N.; vgl. auch Harder AcP 189 (1989) 179 (181).

<sup>133</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1446); ders. FamRZ 00, 1461 (1462); ders S. 640; Dopffel S. 114; Mutschler FamRZ 94, 65 (65); Schwenzer S. 231; dies. Gutachten zum DJT, A 24; dies. FamRZ 92, 121 (123) m.w.N.; Kropholler AcP 185 (1985) 244 (260); Müller S. 48.

<sup>134</sup> Vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 51 ff.

<sup>135</sup> Vgl. dazu insb. BVerfG FamRZ 03, 816 (818 ff) und die folgenden FbN.

<sup>136</sup> BVerfG FamRZ 68, 578 (580); BVerfG FamRZ 03, 816 (818).

<sup>137</sup> BVerfG FamRZ 89, 255 (257); BVerfG FamRZ 03, 816 (818, 820); so auch Beitzke S. 39; Gaul S. 638; Coester JZ 92, 809 (810).

<sup>138</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (818); BVerfG FamRZ 89, 255 (257).

<sup>139</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (818); BVerfG FamRZ 89, 255 (257); Gaul S. 640 f; Helms S. 56; Schwenzer S. 234; Beitzke S. 39 f; v. Mangoldt/Klein/Starck/Robbers Art. 6 Rdn. 166; vgl. dazu Roth NJW 03, 3153 (3156).

## **cc) Demographischer Hintergrund**

Da in Deutschland immer noch 73 % der im Jahr 2005 auf die Welt gekommenen Kinder in einer Ehe geboren werden<sup>140</sup>, scheint diese Prämisse gewahrt zu sein<sup>141</sup>.

Nicht unberücksichtigt darf dabei jedoch bleiben, dass dadurch nicht ausgesagt wird, ob sämtliche dieser Kinder tatsächlich von beiden Ehegatten abstammen. Doch auch unter Einbeziehung eines gewissen Prozentsatzes an sogenannten Kuckuckskindern bleibt die Zahl aussagekräftig. Schätzungen reichen insoweit von 5 - 25 % (der 73 %), wobei sich der hohe Prozentsatz auch durch die große Zahl getrennt lebender Ehegatten erklären dürfte<sup>142</sup>.

Demgemäß werden zwischen 75 - 95 % der ehelich geborenen Kinder (jener 73 %) dem Erzeuger von Gesetz wegen zugeordnet, sodass der Ausgangspunkt des § 1592 Nr. 1 BGB mit Art. 6 II GG vereinbar erscheint.

## **dd) Rechtfertigung der Typisierung und die Notwendigkeit eines Korrektivs**

Typisierungen sind aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit nötig und hinnehmbar<sup>143</sup>. Voraussetzung ist allerdings, dass die gesetzliche Typisierung eine tragfähige tatsächliche Grundlage hat, weitergehende Differenzierungen nur schwer möglich und die möglichen atypischen Fälle nicht zu zahlreich sind<sup>144</sup>.

Letztlich dürfen daher keine zu großen Unbilligkeiten entstehen.

Dies richtet sich danach, in welchem Maße es zu Abweichungen kommt, welche Vorteile die Typisierung bringt und wie intensiv sich der Eingriff für die Betroffenen darstellt<sup>145</sup>. Insbesondere bei Eingriffen in die Ausübung von Grundrechten ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers enger<sup>146</sup>. Soweit demzufolge Eingriffe von einigem Gewicht begründet werden, bedarf es Ausnahme-, Härtefall- oder Billigkeitsklauseln<sup>147</sup>.

Beachtet werden muss, dass die obig erwähnte Abweichungsquote hier nicht absolut verstanden werden darf. Insbesondere wäre es verfehlt, die Rechtsprechung des BVerfG<sup>148</sup> hinsichtlich anderer Abweichungsquoten bei Typisierungen pauschal zu übernehmen und bei einer Fehlerquote von mehr als 10 % eine Typisierung stets als unzulässig anzusehen. Auch eine Kuckuckskinderquote von bis zu 25 % kann dem nicht entgegenstehen, da der Maßstab nicht 100 % ist, sondern die Vaterzuordnung ebenfalls allein auf sozialer Verbundenheit basieren kann.

Da die Vaterzuordnung für das Kind beträchtliche Vorteile, aber auch ebenso Nachteile bringen kann und eine Verhinderung der Erlangung der rechtlichen Vaterstellung den biologischen Vater erheblich in seinem Recht aus Art. 6 GG beeinträchtigt, ist der Vaterschaftszuordnung nach § 1592 Nr.1 BGB allerdings ein Korrektiv entgegenzusetzen.

---

<sup>140</sup> Statistisches Bundesamt 2003, Statistik der Kinder- und Jugendhilfe; bestätigt durch die „Zahl der Woche“ v. 18.01.2005, erhältlich unter [www.destatis.de/presse/deutsch/pm2005/zdw03.htm](http://www.destatis.de/presse/deutsch/pm2005/zdw03.htm); dies entspricht auch einer Umfrage bei hessischen Standes- und Jugendämtern, Finger StAZ 03, 225 (228).

<sup>141</sup> So auch Will FPR 05, 172 (173); Roth NJW 03, 3153 (3156); Seidel FPR 05, 181 (181); v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 118; Coester-Waltjen FS II S. 20.

<sup>142</sup> Nach Frank FamRZ 04, 841 (844): 20 - 25%; anders Schnorr ZRP 03, 342 (342): 5 - 10 %.

<sup>143</sup> Allgemein zur Zulässigkeit von Typisierungen: Jarass/Pieroth Art. 3 Rdn. 30 ff; Münch/Kunig/Gubelt Art. 3 Rdn. 26; Sachs/Osterloh Art. 3 Rdn 104 ff; v. Mangoldt/Klein/Starck Art. 3 Rdn. 23; vgl. auch Coester FPR 05, 60 (61) und Roth NJW 03, 3153 (3154).

<sup>144</sup> Vgl. BVerfGE 87, 234 (255); 100, 59 (90); 103, 225 (235 f); Münch/Kunig/Gubelt Art. 3 Rdn. 26; Jarass/Pieroth Art. 3 Rdn. 30 f; Sachs/Osterloh Art. 3 Rdn 108 f; v. Mangoldt/Klein/Starck Art. 3 Rdn. 23.

<sup>145</sup> Vgl. Jarass/Pieroth Art. 3 Rdn. 31; Sachs/Osterloh Art. 3 Rdn. 104 ff; v. Münch/Kunig/Gubelt Art. 3 Rdn. 26.

<sup>146</sup> Jarass/Pieroth Art. 3 Rdn. 31; v. Mangoldt/Klein/Starck Art. 3 Rdn. 23; BVerfGE 98, 365 (385); 103, 172 (193).

<sup>147</sup> Roth, NJW 03, 3153 (3154); v. Münch/Kunig/Gubelt Art. 3 Rdn. 26; v. Mangoldt/Klein/Starck Art. 3 Rdn. 23; Sachs/Osterloh Art. 3 Rdn. 111; vgl. BVerfGE 68, 155 (173 f); 87, 153 (172) BVerfG FamRZ 89, 255 (257).

<sup>148</sup> So z.B. BVerfGE 68, 36 (41).

Dieser Problematik hat der Gesetzgeber mit der Vaterschaftsanfechtung Rechnung getragen<sup>149</sup>. Inwieweit diese den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht, bedarf später einer eigenen Untersuchung (C.II).

### **ee) Ergebnis**

Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Familienrecht den Mann, der im Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist, als den Vater des Kindes festsetzt<sup>150</sup>.

Darüber hinaus bleibt zu berücksichtigen, dass die Vaterschaftsvermutung nach § 1592 Nr. 1 BGB nur ihre Geltung entfaltet, wenn die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt verheiratet ist. Von dieser Alternative (und ihrer Sperrwirkung) ist demnach nur der Vater eines Kindes negativ betroffen, dessen Mutter mit einem Dritten verheiratet ist. Eine Vielzahl<sup>151</sup> von Kindern wird dagegen ohne bestehende Ehe der Mutter geboren, sodass die Vaterschaftsvermutung gar nicht erst eingreifen kann und so ein Auseinanderfallen von genetischer und rechtlicher Vaterschaft in diesen Fällen nicht vom Gesetz aufoktroziert wird.

### **d) Reformgedanken**

Eine andere Frage ist dagegen, ob nicht ein anderes Modell der Realität besser entsprechen würde. Als Ansatzpunkt kommt einerseits eine Abschaffung (**aa**) und andererseits eine Einschränkung (**bb**) der Vaterschaftsvermutung in Betracht.

#### **aa) Abschaffung der pater-est-Regel**

Als weitgehendster Reformansatz kann über die vollständige Aufgabe der pater-est-Regel nachgedacht werden. Hintergrund eines derartigen Ansatzes ist, dass nur insoweit eine Gleichstellung nichtehelicher Kinder vollumfänglich erreicht werden kann<sup>152</sup> und sogar bezweifelt wurde, ob die Treuevermutung der verheirateten Frau der sozialen Wirklichkeit noch entspricht<sup>153</sup>.

#### ***aaa) Begrenzung auf die genetische Vaterschaft***

Ein alternativer Gedankenansatz dabei wäre, ausschließlich auf die genetische Abstammung abzustellen<sup>154</sup>. Nur dem genetischen Vater könne daher die rechtliche Vaterstellung zukommen.

Dies ist zwingend abzulehnen da, mangels Vaterschaftsvermutung, die Vaterschaft bei jeder Geburt untersucht, ermittelt und (gegebenenfalls gerichtlich) festgestellt werden müsste<sup>155</sup>. Ferner wird vernachlässigt, dass in manchen Fällen der genetische Vater nicht festgestellt werden kann oder dieser nicht bereit ist, die väterliche Verantwortung zu übernehmen. Darüber hinaus ist im deutschen Recht auch die soziale Elternschaft als schutzfähig und

<sup>149</sup> So auch BVerfG FamRZ 89, 255 (257).

<sup>150</sup> Roth NJW 03, 3153 (3156); Will FPR 05, 172 (173); v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 118; Seidel FPR 05, 181 (181); Mutschler FamRZ 94, 65 (65 f); Gaul FamRZ 97, 1441 (1446); ders. FamRZ 00, 1461 (1461 f); ders. S. 639; - i.E. ebenso, aber mit abgeänderter Ausgestaltung, die Reformansätze auf den folgenden Seiten.

<sup>151</sup> Im Jahr 2003 wurden 27 % der in Deutschland geborenen Kinder von einer unverheirateten Frau geboren, Statistisches Bundesamt 2003, Statistik der Kinder- und Jugendhilfe.

<sup>152</sup> So der Gedanke von Schwenzer S. 249; dies. Gutachten zum DJT, A. 24.

<sup>153</sup> Derart kritisch Ramm § 25 II 2 und § 26 IV 2 a.

<sup>154</sup> Ähnlich der Vorschlag von Ramm NJW 89, 1594 (1597), wonach bei jedem ehelich geborenen Kind von Amts wegen eine medizinische Feststellung durchzuführen sei, ob das Kind vom Ehemann abstammt. Im Anschluss daran seien beide Ehegatten berechtigt, das Untersuchungsergebnis anzufordern und darauf hin die Anfechtung ggfs. zu betreiben; vgl. auch ders. FPR 96, 220 (221).

<sup>155</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1446); Roth NJW 03, 3153 (3156); Müller S. 49 der insoweit den möglichen Einsatz von Zwangsmitteln kritisiert; ebenso Röwer S. 524 FfBn. 48, der dies als unzumutbar für die Eltern ansieht.

schutzwürdig anerkannt, sodass die Abstammung nicht allein auf die genetische Verbundenheit verkürzt werden kann<sup>156</sup>.

Demzufolge ist, neben der Einfachheit und Praktikabilität, aus Gründen des Kindeswohls und des Schutzes der sozialen Familie eine Vaterschaftsvermutung beizubehalten.

### ***bbb) Individuelle Vaterschaftsbestimmung***

Aus den selben Gründen ist eine Begrenzung der Vaterschaftsbestimmung, alternativ auf Grund Anerkennung oder gerichtlicher Vaterschaftsfeststellung, abzulehnen, da statt der sicheren Anknüpfung an die Ehe wiederum die Gefahr eines unerträglichen Schwebezustands hervorgerufen würde<sup>157</sup>.

Ein derartiger Gedankenansatz in Norwegen konnte sich nicht durchsetzen, da dies die Institution der Ehe unnötigerweise schwächen würde, sich als schwerfällig und bürokratisch erweisen könnte und dem die gesellschaftliche Bedeutung einer unmittelbaren Vaterschaftszurechnung an den Ehemann entgegengehalten wird<sup>158</sup>.

Neben der Bewahrung der traditionellen Ausgestaltung ist die Vaterschaftsvermutung daher aus Gründen der Praktikabilität zwingend aufrechtzuerhalten.

### ***bb) Einschränkung der pater-est-Regel***

Aus dieser Argumentation heraus wird die Beibehaltung der pater-est-Regel von der Literatur nahezu einhellig befürwortet, zum Teil aber auch eine (weitere<sup>159</sup>) Einschränkung ihres Anwendungsbereichs gefordert.

Ziel eines derartigen Ansatzes ist es, die Vaterschaftsvermutung auf die Fälle zu beschränken, in denen eine Wahrscheinlichkeit der genetischen sowie sozialen Verbundenheit besteht. Abweichende soziale Sachverhalte sollen ausgeschlossen und somit ausreichend berücksichtigen werden.

Vaterschaftsvermutungen basieren darauf, dass sie regelmäßig der genetischen Abstammung entsprechen oder zumindest durch die soziale Situation gerechtfertigt sind. Anderenfalls sind sie zu meiden, da sie ansonsten mit mehr Nachteilen als Vorteilen verbunden sind und nachfolgende Rechtsstreite provozieren.

Eine Einschränkung widerspricht auch nicht dem Zuordnungsinteresse der Beteiligten, da - unbenommen der Vermutung - es offen steht, eine unwahrscheinliche, aber mögliche Vaterschaft des von der Vaterschaftsvermutung ausgeschlossenen Mannes positiv nachzuweisen<sup>160</sup>.

Im Ergebnis führt ein derartiger Ansatz dazu, dass die Vermutungsbasis des deutschen Rechts beschränkt werden soll.

### ***aaa) Einschränkung der Vermutung bei Trennung der Eltern***

Ein derartiger eingeschränkter Ansatz der Vaterschaftsvermutung versucht demzufolge, die gesetzliche Zuordnung der Vaterschaft an den Ehemann der Mutter davon abhängig zu machen, ob die Eheleute im Zeitpunkt der Empfängnis noch zusammengelebt haben<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> Vgl. nur das außerehelich gezeugte Kind, welches in Kenntnis dessen in der Ehe der Mutter aufgezogen wird.

<sup>157</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1446); zustimmend Muscheler/Beisenherz JR 99, 356 (357).

<sup>158</sup> Vgl. Schwenzer S. 231 m.w.N., insb. dort in FbN. 29, 30; dies. FamRZ 92, 121 (123); dies. FamRZ 85, 1 (2); dies. Gutachten zum DJT, A 24; Gaul S. 640; Müller S. 20, 49; Dopffel S. 56, 66, 114; Kropholler AcP 185 (1985) 244 (260); Röwer S. 524 FbN. 48; Muscheler/Beisenherz JR 99, 356 (357); ebenso Coester-Waltjen Jura 98, 436 (438); so auch BT-Drucks 13/4899 S. 52.

<sup>159</sup> Im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform wurde die Vaterschaftsvermutung, bezüglich nachehelich geborenen Kindern und der Regelung des § 1599 II BGB, bereits eingeeengt, BT-Drucks 13/4899 S. 51, 52 f, 83, 86.

<sup>160</sup> Vgl. Beitzke S. 41 f.

<sup>161</sup> Wesche RPfleger 96, 53 (55); ähnlich Schwenzer S. 231 f, 235, 249, m.w.N. sowie Feuerabend DAVorm 89, 203 (203 f); ders. DAVorm 90, 1053 (1053) bzw. DIV-Gutachten DAVorm 90, 775 (777); die jeweils dies aber

Da in diesen Konstellationen die Vaterschaft des Ehemanns zwar möglich, aber oftmals unwahrscheinlich ist, kann dies gegen eine derartige Vaterschaftsvermutung angeführt werden.

Ein solch zusätzliches Erfordernis ist jedoch abzulehnen. Mangels eindeutiger Bestimmbarkeit und Nachweisbarkeit der Trennung kann dem nicht gefolgt werden<sup>162</sup>.

Auf Grund der Anforderung nach Statusklarheit und Statussicherheit ist an einer klaren Zuordnung des Kindes festzuhalten.

### **bbb) Einschränkung der Vermutung in weiteren Trennungsfällen.**

Um diesen Vorwurf abzumildern, wird ein Modell vorgetragen, welches die Vaterschaftsvermutung nur in fix feststellbaren Trennungsfällen einschränkt. Erforderlich, aber auch ausreichend, sei daher eine gerichtliche Personenstandsentscheidung, welche die Trennung nach Beginn und Dauer festhält<sup>163</sup>. Entsprechend anderer Rechtsordnungen sei demzufolge an das Datum der gerichtlichen Gestattung des Getrenntlebens, das im gerichtlichen Scheidungs- oder Trennungsurteil festgestellte Datum der Beendigung des Zusammenlebens, das Datum der Klageerhebung oder bei einverständlicher Scheidung das Datum der ersten einschlägigen Besprechung anzuknüpfen<sup>164</sup>.

Unabhängig davon, dass es im deutschen Recht an solchen Anknüpfungspunkten vielfach fehlt<sup>165</sup>, kann dem nicht gefolgt werden. In all diesen Konstellationen besteht keine hinreichende Gewähr für ein tatsächliches Getrenntleben. Dies wird insbesondere deutlich, wenn man die Regelung des § 1567 II BGB und des § 614 II ZPO bedenkt, wonach einerseits ein erneutes kürzeres Zusammenleben der Trennung nicht entgegensteht und andererseits die Scheidung ausgesetzt werden kann, wenn Aussicht auf Fortsetzung der Ehe besteht. Der

---

allein nicht genügen lassen und insoweit die erweiterten Ansätze unter **ccc** bzw. **ddd** befürworten; dies ebenso ansprechend, aber ablehnend Mutschler FamRZ 94, 65 (65 f); gegen die Relevanz einer zeitweiligen Trennung bereits der Gesetzgeber des BGB, mit dem Hinweis auf eine mögliche Wiederversöhnung, vgl. Gaul S. 635, 638, 632 f, m.w.N..

<sup>162</sup> Mutschler FamRZ 94, 65 (66); Gaul FamRZ 97, 1441 (1447); ders. S. 644; Beitzke S. 41; Schumann S. 255; Ernst S. 57, 66 ff; Müller S. 54 ff; Frank S. 82; Muscheler JR 99, 356 (358); v. Sehte S. 357; vgl. auch BT-Drucks 13/4899 S. 52; zweifelnd Dethloff NJW 92, 2200 (2207); ähnlich nunmehr Schwenzer, Gutachten zum DJT, A. 26, s. Fßn. 171, wonach der Scheidungsantrag oder die Auflösung der Ehe, der Mutter die Möglichkeit einräumen soll, durch ausdrückliche Erklärung, dass der Ehemann nicht Vater des Kindes ist, die Vaterschaftsvermutung zu durchbrechen; ähnlich ein Gesetzesentwurf von 1992, BT-Drucks 12/4024 S. 3, identisch 1995, BT-Drucks 13/1752 S. 3.

<sup>163</sup> Beitzke S. 40 ff; inzwischen ähnlich Schwenzer S. 235 Fßn. 48; dies. Gutachten zum DJT, A. 26 f; zustimmend Diederichsen, Referat zum DJT, M 69, 89; ähnlich auch der französische Ansatz (Art. 313 Abs. 1 C.C.) der *zusätzlich* auf das Erfordernis einer fehlenden possession d'état (der gelebten Eltern-Kind-Beziehung) abstellt, vgl. unten **ccc** und dazu ausführlich Helms S. 56 ff; zum possession d'état, vgl. Klinkhardt DAVorm 00, 817 (819) und Spellenberg FamRZ 84, 117 ff und 239 ff.

<sup>164</sup> So teils ablehnend, teils aber auch zustimmend, soweit die Trennung in einer gerichtlichen Personenstandsentscheidung festgestellt wird, Beitzke S. 40 ff m.w.N.; nach seiner Ansicht genügt die gerichtliche Gestattung des Getrenntlebens und die Erhebung der Scheidungsklage nicht. Die Feststellung des Getrenntlebens müsse wenigstens in den Gründen einer gerichtlichen Personenstandsentscheidung erfolgen. Dem Ehemann soll aber stets die Möglichkeit des positiven Nachweises der Vaterschaft weiter offen stehen. Zu Beitzke kritisch, Ernst S. 54 f. Für die Anknüpfung an den Scheidungsantrag Dethloff NJW 92, 2200 (2207); ebenso Schwenzer S. 235 Fßn. 48; dies. Gutachten zum DJT, A. 26 f; Ernst S. 56 f; zustimmend auch Muscheler/Beisenherz JR 99, 356 (358); ähnlich auch DIV-Gutachten DAVorm 90 775 (777), wonach die Vaterschaftsvermutung nicht eingreifen soll, wenn die Ehe gerade geschieden wird und beide Eheleute die tatsächliche Trennung im Zeitpunkt der Empfängnis behaupten; vgl. dazu unten **ddd**.

<sup>165</sup> Daher dies auch ablehnend BT-Drucks 13/4899 S. 53, da eine gerichtliche Entscheidung über Trennung von Tisch und Bett im dt. Recht systemwidrig wäre und zu einer Mehrbelastung der Gerichte führen würde. Zu gerichtlich angeordneter Trennung von Tisch und Bett sowie einer einstweiligen Anordnung des Getrenntlebens sowie einer negativen Feststellungsklage auf das Recht zum Getrenntleben, vgl. Gaul S. 644 in Fßn. 167, 168; i.E. ebenso Frank S. 82, mit dem Argument, dass dieser Weg unvollkommen ist und nicht alle wünschenswerten Konstellationen erfasst; ebenso wegen der Unbestimmtheit und Unsicherheit sowie der Gegenläufigkeit des dt. Abstammungsrechts, Helms FuR 96, 178 (183).

Gesetzgeber geht daher richtigerweise davon aus, dass trotz Trennung und Scheidungsantrag stets eine Versöhnungschance besteht, in der die Vaterschaftsvermutung ihre Berechtigung finden kann<sup>166</sup>.

Zweifellos besteht in diesen Fällen vermehrt die Gefahr einer Vaterschaft eines Dritten, sodass es wohl vertretbar wäre, die Vaterschaftsvermutung auszusetzen und den Ehemann gegebenenfalls auf die Anerkennung oder gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft zu verweisen. Im Interesse von Statusklarheit und Statussicherheit ist die geltende Gesetzeslage jedoch vorzugswürdig<sup>167</sup>, soweit der nötige Ausgleich ausreichend im Bereich der Vaterschaftsanfechtung gefunden werden kann (dazu unter **C.II**)<sup>168</sup>.

### ***ccc) Bestimmungsrecht der Mutter***

Ebenso wurde zurecht der französische Ansatz<sup>169</sup> verworfen. Dieser schließt die Ehelichkeitsvermutung aus, wenn die Eheleute „getrennt“ leben und die Kindesmutter bei der Geburtsanmeldung den Ehemann nicht als Kindesvater angibt<sup>170</sup>.

Diesem Vorschlag ist zunächst erneut die eben aufgeführte Kritik zu der Unbestimmtheit des Trennungsbegriffs entgegenzubringen. Aber auch soweit versucht wird, dies damit zu vermeiden, dass an gerichtliche Personenstandsentscheidungen angeknüpft wird<sup>171</sup>, ist ein solches Bestimmungsrecht der Mutter über den Kindesstatus abzulehnen und ein derartiger

---

<sup>166</sup> Gaul S. 644 f; Schumann S. 255; Müller S. 54 ff; i.E. ebenso Mutschler FamRZ 94, 65 (66); Hegnauer FamRZ 96, 914 (916); Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1591 Rdn. 10 c; v. Sehte S. 357; diese Erkenntnis hatte auch schon der Gesetzgeber des BGB. Demnach wurde ein Vorschlag abgelehnt, der eine Einschränkung der Vaterschaftsvermutung vorsah, wenn die Eltern zeitweilig getrennt leben und namentlich auch dann, wenn diese auf eine gerichtlich angeordnete Trennung von Tisch und Bett zurückzuführen sei. Begründet wurde dies mit der Möglichkeit der Wiederversöhnung und dem Schutz der Interessen der Frau und des Kindes, vgl. dazu m.w.N. Gaul S. 635, 643, 647; - zugegeben werden muss jedoch, dass der Gesetzgeber dies nicht stets derart umsetzt. Ein nach rechtskräftiger Scheidung geborenes Kind wird nach § 1592 Nr. 1 BGB nicht (mehr) dem Ehemann zugeordnet, da anzunehmen sei, dass im Trennungsjahr vor der Scheidung der Ehemann regelmäßig nicht der Vater ist; vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 52; Müller S. 57 kritisiert des Weiteren, dass insb. auch die Personenstandsentscheidung von der Mitwirkung der Ehegatten abhängt und eine derartige Disposition zu vermeiden sei; dies stimmt zwar, jedoch ist dies im Falle der Scheidung stets so, sodass dies eigenständig diese Ansicht nicht zu widerlegen vermag; - a.A. auch Muscheler/Beisenherz JR 99, 356 (357), wonach für eine Vaterschaftsvermutung die bloße Möglichkeit der Wiederversöhnung nicht ausreicht, da für eine Vaterschaftsvermutung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit nötig wäre. Insb. lehnt er auch die Verweisung auf den historischen Gesetzgeber ab, da damals wegen der Interessen des Kindes und der Mutter eine weitergehende Zurechnung zu erfolgen hatte.

<sup>167</sup> So auch Helms S. 63.

<sup>168</sup> Soweit eine Anfechtung weiterhin zu sehr beschränkt wird, kann jedoch darüber nachgedacht werden, ob ein derartiger Ansatz weiter zu verfolgen ist.

<sup>169</sup> Der französische Ansatz (Art. 313-1 C.C.) stellt bei der „Trennung“ dabei auf die possession d'état (der gelebten Eltern-Kind-Beziehung) ab und setzt voraus, dass eine derartige Beziehung fehlt. Soweit die Vaterschaftsvermutung ausscheidet, bleibt jedem Ehegatten aber unbenommen, die Feststellung der Vaterschaft einzuklagen; vgl. Schwenzer S. 232 m.w.N.; dies. FamRZ 85, 1 (2, 9); Beitzke S. 42; zum französischen Recht ausführlich Helms S. 56 ff; zum possession d'état, vgl. Klinkhardt DAVorm 00, 817 (819) und Spellenberg FamRZ 84, 117 ff und 239 ff; - noch weitergehender das italienische Recht, wonach eine verheiratete Mutter das Kind als nichtehelich anerkennen kann, dazu Calvigioni StAZ 02, 268 (270 f).

<sup>170</sup> Befürwortend zunächst Schwenzer FamRZ 85, 1 (9); dies. S. 231 ff, 235, 249 je m.w.N.; Coester JZ 92, 809 (812); ähnlich auch bereits frühere Vorschläge in der dt. Gesetzgebung: BT-Drucks 12/4024 S. 3 und BT-Drucks 13/1752 S. 3, wonach die Mutter, unter Berufung auf einen anhängigen Scheidungsantrag oder die Auflösung der Ehe, erklären könne, dass der Ehemann nicht der Kindesvater sei.

<sup>171</sup> Ihren ursprünglichen Ansatz insoweit fortentwickelnd Schwenzer, Gutachten zum DJT, A. 26, mit dem Hinweis auf die Entscheidungsmacht der Mutter. Nunmehr sieht sie in der Berufung auf den Scheidungsantrag oder die Auflösung der Ehe ein ausreichendes objektives Kriterium, um der Mutter die Möglichkeit einzuräumen, durch ausdrückliche Erklärung, der Ehemann sei nicht Vater, das Eingreifen der Vaterschaftsvermutung abzuwenden; dem zustimmend Diederichsen, Referat zum DJT, M 68, 89; ähnlich ein Gesetzesentwurf von 1992, BT-Drucks 12/4024 S. 3, identisch BT-Drucks 13/1752 S. 3 (s. FfN. 170).

Systembruch im deutschen Kindschaftsrecht zu vermeiden<sup>172</sup>. Des Weiteren besteht im Rahmen einer derartigen Regelung die Gefahr, dass die Mutter die Vaterzuordnung unterbindet, um damit einen drohenden Sorgerechtsstreit zu verhindern<sup>173</sup>.

Aus den selben Gründen ist daher ebenso ein Vorschlag<sup>174</sup> zurückzuweisen, der unabhängig von einer Trennung die Vaterschaftsvermutung ausschließen will, wenn die Mutter bei der Beurkundung der Vaterschaft die des Ehemanns bestreitet.

#### ***ddd) Privatautonome Vereinbarung der Ehegatten***

Richtigerweise wurde auch ein Ansatz<sup>175</sup> abgelehnt, wonach die Vaterschaftsvermutung nicht greifen soll, wenn die Mutter und ihr Ehemann übereinstimmend erklären, dass das Kind nicht vom Ehemann abstammt.

Der Vorschlag selbst war begrenzt auf ein nach Anhängigkeit des Scheidungsantrags geborenes Kind und sollte nur eine Alternative zu § 1599 II BGB darstellen. Selbst dies wurde als nicht hinnehmbar angesehen<sup>176</sup>, da ohne (gerichtliche) Klärung der Abstammungsverhältnisse die klare Zuordnung zum Ehemann aufgegeben würde und noch dazu kein anderer Mann (wie bei § 1599 II BGB) die Vaterstellung übernommen hätte.

Erst recht muss dies für eine privatrechtliche Dispositionsmöglichkeit während bestehender Ehe - das heißt insbesondere ohne Anhängigkeit eines Scheidungsverfahrens - gelten<sup>177</sup>.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass im Bereich der Vaterschaftsanerkennung eine Dispositionsmöglichkeit besteht, da dort eine Vaterstellung begründet und nicht aufgelöst wird.

Aus den selben Erwägungen heraus sind daher ebenso Konzepte<sup>178</sup> abzulehnen, welche, unter Zustimmung der Mutter und (gerichtlich kontrollierten) Zustimmung des Kindes, eine *Aberkennung* der Vaterschaft durch den Ehemann als rechtlichen Vater vorsehen<sup>179</sup>.

---

<sup>172</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1454); ders. FamRZ 00, 1461 (1465); ders. S. 645 f; ebenso inzwischen Schwenzer, Gutachten zum DJT, A. 26; Schumann S. 255; Ernst S. 66 f; Müller S. 54 ff; Helms FuR 96, 178 (182); vgl. Muscheler JR 99, 356 (358); vgl. ebenso BT-Drucks 13/4899 S. 53 f; ebenso Beitzke S. 42 f, mit dem Hinweis auf den Schutz der Ehe sowie der Position des Kindes und dessen Recht auf Kenntnis seiner Abstammung (so auch Gaul S. 646); letzteres gilt jedoch nur eingeschränkt, da auch bei der Anerkennung die Mutter die biologische Wahrheit unterbinden und einer Anerkennung eines Dritten zustimmen kann; das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung wird vielmehr durch sein eigenes Anfechtungsrecht gewahrt.

<sup>173</sup> Beitzke S. 42.

<sup>174</sup> So Feuerabend DAVorm 89, 203 (203 f); ders. DAVorm 90, 1053 (1053), wonach eine Vermutung des Gesetzes nicht über der Kenntnis der Frau stehen kann und anderenfalls diese insoweit entmündigt und entwürdigt wird.

<sup>175</sup> Vgl. zum Vorschlag BT-Drucks 13/4899 S. 147; Wichmann FuR 96, 161 (166); der Hintergrund war, dass die Mutter davor bewahrt werden sollte, den genetischen Vater zu benennen, vgl. dazu auch Schumann S. 252 FbN. 31; Muscheler JR 99, 356 (358); vgl. auch bereits ähnlich frühere Vorschläge: BT-Drucks 12/4024 S. 3 und BT-Drucks 13/1752 S. 3, wonach sogar allein die Mutter die Vaterschaftsvermutung entkräften könnte (s. FbN. 170); ähnlich bereits der Vorschlag des DIV-Gutachtens DAVorm 89, 775 (777), wonach während des Scheidungsverfahrens die Vaterschaftsvermutung nicht gelten soll, wenn beide Eheleute die tatsächliche Trennung im Zeitpunkt der Empfängnis behaupten.

<sup>176</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1454); Müller S. 64 f; Zimmermann DNotZ 98, 404 (407 f); BT-Drucks 13/4899 S. 166; BT-Drucks 13/8511 S. 83.

<sup>177</sup> Mutschler FamRZ 94, 65 (68); Müller S. 54 ff; Frank S. 82; so aber z.B. der Vorschlag des 59. DJT, FamRZ 92, 1275 (1275).

<sup>178</sup> Deinert DAVorm 89, 989 (990); ders. DAVorm 89, 205 (205), dort mit dem zusätzlichen Erfordernis der Vaterschaftsanerkennung durch den biologischen Vater; zustimmend Patt DAVorm 89, 67 (67); ders. DAVorm 89, 204 (204); Roos DAVorm 89, 204 (204); Stenz DAVorm 89, 204 (205); offen dazu Feuerabend DAVorm 89, 203 (203); vgl. auch Brandstätter DAVorm 89, 353 (353); Dethloff NJW 92, 2200 (2207); Röwer S. 525; - ähnlich war bereits ein Vorschlag des ursprünglichen Gesetzgebers des BGB, wonach der gesetzliche Vertreter des Kindes, auch vor erhobener Anfechtungsklage mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, dem Ehemann gegenüber in einer öffentlichen Urkunde erklären könne, dass das Kind nicht von ihm sei.



### ***eee) Privatautonome Vereinbarung der Ehegatten mit Vaterschaftsanerkennung durch den biologischen Vater***

Um diese Kritik zu vermeiden, wird abweichend davon auch vertreten, dass zusätzlich zu den Erklärungen des rechtlichen Vaters und der Mutter, hinsichtlich der Nichtehelichkeit des Kindes, der biologische Vater zugleich die Vaterschaft anerkennen muss<sup>180</sup>.

Dagegen eingewandt wird, dass dies dem Officialprinzip und der Antragsmaxime im Anfechtungsverfahren widerspricht und nicht ersichtlich sei, was diesen Personen das Recht gäbe, über den Personenstatus des Kindes zu disponieren<sup>181</sup>. Letztlich entspricht ein derartiger Vorschlag der Ausweitung der Regelung des § 1599 II BGB und ist daher der dortigen Kritik ausgesetzt<sup>182</sup>. Ferner stellt § 1599 II BGB eine Ausnahmeregel dar und wurde bewusst eng gehalten<sup>183</sup>.

Im Ergebnis läuft dieser Regelungsvorschlag auch nicht auf eine Einschränkung der pater-est-Regel hinaus, sondern behält diese bei und will lediglich statt des Anfechtungsverfahrens eine einvernehmliche Statusabänderung ohne gerichtliches Verfahren ermöglichen<sup>184</sup>.

Bedenklich daran ist, dass insoweit die biologische Abstammung ungeklärt bleibt und durch eine privatautonome Vereinbarung der Beteiligten ersetzt wird. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass sowohl die Vaterschaftsvermutung bei Wiederheirat der Mutter nach § 1593 BGB, ebenso wie die Vaterschaftsabänderung nach § 1599 II BGB und die Vaterschaftsanerkennung nach § 1594 BGB, nicht auf die genetische Abstammung abstellen<sup>185</sup>. Insbesondere im Interesse des Kindes ist eine abweichende Vaterschaftszurechnung nach geltendem Recht möglich. Bedenklich ist allerdings, dass das Kindeswohl möglicherweise nicht ausreichend berücksichtigt wird und somit das Kind in eine reine Objektstellung gedrängt wird<sup>186</sup>.

Ob einem derartigen Ansatz daher zuzustimmen ist, kann und muss in der vorliegenden Arbeit offengelassen werden<sup>187</sup>, da sich eine derartige Ausgestaltung letztlich nicht entscheidend auf die Rechtsposition des biologischen Vaters auswirkt.

---

Unabhängig, ob zusätzlich Erklärungen der Mutter und des Kindes gefordert wurden, wurde dies abgelehnt, da sich das BGB für den Weg des, dem „Officialprinzip“ unterliegenden Anfechtungsprozesses mit Urteilswirkung für und gegen alle, entschieden habe; kritisch m.w.N. Gaul S. 634 f.

<sup>179</sup> Ablehnend insb. Gaul S. 647; ebenso Schumann S. 257; Ernst S. 49 f, 67 ff; Müller S. 54 ff; Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1591 Rdn. 10 b; kritisch auch Henke/Hoffmann DAVorm 89, 353 (354); ; DIV-Gutachten DAVorm 90, 775 (776);

<sup>180</sup> In diesem Sinne der Vorschlag der familienrechtlichen Abteilung des 59. DJT, FamRZ 92, 1275 (1275); vgl. auch: Gernhuber/Coester-Waltjen § 51 II 9; Schumann S. 249 ff, 264; DIV-Gutachten DAVorm 89, 775 (777); ähnlich Deinert DAVorm 89, 989 (990); ders. DAVorm 89, 205 (205); ebenso dies befürwortend Frank StAZ 03, 129 (134), der insoweit auf das neu reformierte österreichische Recht (Art. 163 e ABGB) verweist, wonach eine derartige Disponibilität zulässig ist; dort wird primär auf die Erklärung der Mutter und des Anerkennenden abgestellt und dem Ehemann (als rechtlichen Vater) lediglich ein Widerspruchsrecht eingeräumt, wobei bis zur Entscheidung über den Widerspruch der Anerkennende als Vater des Kindes gilt.

<sup>181</sup> So Gaul S. 647; - a.A. insoweit Helms FuR 96, 178 (183) wonach (bei § 1599 II BGB) in der Aberkennung und gleichzeitigen Anerkennung nur eine gerechtfertigte Ausweitung der geltenden Vaterschaftsanerkennung zu sehen sei; a.A. ebenso Coester-Waltjen Jura 98, 436 (438); mit dem Hinweis, dass auch bei der Anerkennung eine Disposition über das Kind erfolgt.

<sup>182</sup> Letztlich entspricht dieser Streit dem, der im Rahmen des § 1599 II BGB herrscht, vgl. zur weitläufigen Kritik an dieser Norm bereits oben **C.I.1.b.bb** und insb. FbN. 130 mit vielfachen Nachweisen.

<sup>183</sup> Vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 53 f, 86.

<sup>184</sup> So ausdrücklich Schumann S. 249, 253.

<sup>185</sup> Mit ähnlichen und weiteren Argumenten Schumann S. 253 ff.

<sup>186</sup> Vgl. dazu m.w.N. Gaul FamRZ 97, 1441 (1448 ff, 1454 ff); ders. FamRZ 00, 1461 (1463 ff); ders. S. 647 ff; Veit FamRZ 99, 902 (906); Diederichsen NJW 98, 1977 (1978),

<sup>187</sup> Ausführlich zu einem derartigen Ansatz Schumann S. 249 ff, insb. 253 ff.

Wie bei § 1599 II BGB ermöglicht eine derartige gesetzliche Regelung dem biologischen Vater einerseits eine erleichterte Feststellung der Vaterschaft, andererseits besteht dadurch für ihn die Gefahr, dass ein Dritter mit Einverständnis der Mutter und des rechtlichen Vaters die rechtliche Vaterstellung erlangt.

Entscheidend ist aber auch dies nicht, da diese Gefahr bei jeder Vaterschaftsanerkennung nach § 1594 BGB besteht<sup>188</sup>.

Ausschlaggebend ist, dass der biologische Vater bei einer solchen Regelung stets die Zustimmung der Mutter und des rechtlichen Vaters bedarf. Eigenständig kann er damit nicht die rechtliche Vaterschaft erlangen. Dem Elternrecht des Vaters wird damit nicht eine durchsetzbare Rechtsmacht verliehen. In Konfliktfällen kann das Elternrecht aus Art. 6 II GG über diesen Weg daher nicht gewahrt werden.

Insoweit verbleibt es - für die vorliegende Arbeit relevant - wiederum bei der Fragestellung, ob die Ausgestaltung des Vaterschaftsanfechtungsrechts das Elternrecht des biologischen Vaters ausreichend wahrt.

### ***fff) Wechselseitiger Ausschluss der Vaterschaftsvermutung bei Einführung einer weiteren Vaterschaftsvermutung hinsichtlich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft***

In die konträre Richtung geht dagegen ein Ansatz, der die Vaterschaftsvermutung zunächst nicht einschränken, sondern sogar erweitern will.

Vorgeschlagen wird die Einführung einer Vaterschaftsvermutung zugunsten des Mannes, der zwar mit der Mutter des Kindes nicht verheiratet ist, aber mit ihr im Zeitpunkt der Empfängnis zusammengelebt hat<sup>189</sup>.

Dies hätte die Folge, dass gegebenenfalls zwei Vaterschaftsvermutungen parallel eingreifen könnten. Eine Kollision würde entstehen, wenn eine verheiratete Frau mit einem anderen Mann zusammenlebt und bei Geburt eines Kindes folglich beide Vaterschaftsvermutungen Anwendung finden würden. Diskutiert wurde eine Lösung dieser Kollision über eine gegenseitige Aufhebung der Vermutungen und die Notwendigkeit einer Anerkennung oder gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft<sup>190</sup>.

Faktisch würde dies daher die ursprüngliche Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemanns begrenzen.

Dem kann aber nicht gefolgt werden. Einer derartigen Ausgestaltung ist wiederum mangelnde Bestimmbarkeit und Nachweisbarkeit vorzuwerfen und das Erfordernis nach Statutsklarheit und Statussicherheit entgegenzuhalten. Einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft fehlt der sichere längerfristige Bestand und ist nur schwer feststellbar sowie kaum nachweisbar. Mangels klarer Abgrenzungskriterien kann eine Vaterschaftsvermutung daran nicht festgemacht werden<sup>191</sup>.

### **cc) Ergebnis**

Eine Einschränkung der Vaterschaftsvermutung ist demzufolge nicht zu befürworten. Somit ist der gesetzlichen Ausgestaltung der Vaterschaftsvermutung nach § 1592 Nr. 1 BGB

---

<sup>188</sup> Vgl. dazu Zimmermann DNotZ 98, 404 (409); Veit FamRZ 99, 902 (906).

<sup>189</sup> Dies aufwerfend Schwenzer S. 235, m.w.N.; selbst aber ablehnend in FamRZ 92, 121 (123); ansprechend, aber ablehnend Mutschler FamRZ 94, 65 (65 f); offen Dethloff NJW 92, 2200 (2207).

<sup>190</sup> So Schwenzer S. 230; dies. FamRZ 85, 1 (2) mit Verweis auf eine derartige Regelung in der kanadischen Provinz Ontario.

<sup>191</sup> Mutschler FamRZ 94, 65 (66); Muscheler/Beisenherz JR 99, 356 (357); Gaul FamRZ 97, 1441 (1446); Schumann S. 259; Coester-Waltjen FS II S. 20; dies. Jura 98, 436 (438); Greßmann Rdn. 76; Seidel FPR 05, 181 (181) Fßn. 2; ähnlich Zimmermann DNotZ 98, 404 (407); vgl. Kropholler AcP 185 (1985) 244 (261); so auch BT-Drucks 13/4899 S. 52, 83; BT-Drucks 13/8511 S. 70; FamRefK/Wax § 1592 Rdn. 3; Staudinger/Rauscher § 1592 Rdn. 17; MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 5; Coester DEuFamR 99, 3 (7); Edenfeld FuR 96, 190 (192); v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 118; Schwenzer, Gutachten zum DJT, A 27; Müller S. 60.

hinsichtlich des Ehemanns der Mutter zuzustimmen und der nötige Ausgleich im Rahmen der Vaterschaftsanfechtung zu verwirklichen<sup>192</sup>. Der Vorteil, den die eheliche Geburt als Hinweis auf die Vaterschaft des Ehemanns liefert und die regelmäßig der genetischen Abstammung entspricht, ist zu nutzen. Nach Ansicht von Gaul wäre es daher „töricht, wollte man dies als überholtes Statusdenken oder Institutionsdenken diskreditieren“<sup>193</sup>.

Neben der Praktikabilität ist zusätzlich die Befriedungsfunktion der Vaterschaftsvermutung nicht zu übersehen. Die Abstammung wird automatisch bestimmt und ein Streit darüber oftmals vermieden<sup>194</sup>.

## **2) Anerkennung § 1592 Nr. 2 BGB**

Als weitere Möglichkeit, die Rechtsstellung eines Vaters zu erlangen, kommt eine Anerkennung der Vaterschaft in Betracht<sup>195</sup>. Diese Alternative nach § 1592 Nr. 2 BGB dient den Vätern nichtehelicher Kinder und ermöglicht ihnen, auf eigenes Bestreben die Vaterstellung zu erreichen<sup>196</sup>.

Die Anerkennung findet in der Praxis, unabhängig von den dahinter stehenden Motivationen, großen Zuspruch. Im Jahr 2004 (2003) wurde bei 89, 7 (89,6) % der nichtehelich geborenen Kinder die Vaterschaft freiwillig anerkannt<sup>197</sup>.

Unter einer Anerkennung versteht man die Anerkennungserklärung eines Mannes, für deren Wirksamkeit der Anerkennende nicht genetischer Vater des Kindes sein muss<sup>198</sup>. Auch die bewusst „unrichtige“, das heißt genetisch abweichende, Anerkennung ist wirksam<sup>199</sup>. Ebenso wie bei der Vaterschaftsvermutung nach § 1592 Nr. 1 BGB ist für die Anerkennung daher die biologische Abstammung nicht das maßgebliche Entscheidungskriterium.

### **a) Voraussetzungen**

Primär erfordern die §§ 1594 - 1598 BGB die Abgabe einer wirksamen<sup>200</sup> Anerkennungserklärung<sup>201</sup> durch den anerkennenden Mann.

---

<sup>192</sup> Gaul S. 639, 649; ähnlich Schumann S. 249, aber mit einem anderen Lösungsansatz im Bereich der Anfechtung; ebenso ähnlich Schwenzer FamRZ 92, 121 (123); dies. S. 235; Helms S. 56; Müller S. 68 f; Blech S. 174 ff; Wolf NJW 05, 2417 (2417); vgl. auch Röwer S. 524 f.

<sup>193</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1446); ders. FamRZ 00, 1461 (1462); ders. S. 639; zustimmend Muscheler/Beisenherz JR 99, 356 (357).

<sup>194</sup> So Helms S. 56.

<sup>195</sup> Allgemein zur Vaterschaft auf Grund Anerkennung: Rauscher FPR 02, 359 (359 ff); Muscheler FPR 05, 177 (177 ff); Gaul FamRZ 97, 1441 (1449 ff); Grün S. 39 ff; zur historischen Entwicklung vgl. Michaelis S. 95 ff.

<sup>196</sup> Hinsichtlich dem Rechtsschutzbedürfnis und insoweit zu dem Verhältnis zur Vaterschaftsfeststellung: Staudinger/Rauscher § 1593 Rdn. 36 ff; MüKo/Seidel § 1600 d Rdn. 15; Zöller/Philippi § 640 Rdn. 12; Will FPR 05, 172 (175); Rauscher FPR 02, 359 (359 f); Kirchmeier FPR 02, 370 (371).

<sup>197</sup> Dagegen mussten im Jahr 2004 (2003) lediglich 7,6 (7,6) % der nichtehelichen Kinder durch gerichtliche Feststellung dem Vater zugeordnet werden. In 2,6 (2,8) % der Fälle konnte eine Vaterschaft nicht zugeordnet werden, Statistisches Bundesamt 2004 (2003), Statistik der Kinder- und Jugendhilfe.

<sup>198</sup> Muscheler ZPR 05, 177 (177); Will ZPR 05, 172 (174); Rauscher FPR 02, 359 (360); Grün S. 39; Palandt/Diederichsen § 1598 Rdn. 2; Staudinger/Rauscher § 1592 Rdn. 20, 53; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1594 Rdn. 4; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1594 Rdn. 2; LG Köln FamRZ 02, 630 (630); OLG Köln FamRZ 02, 901 (901); so auch BT-Drucks 13/4899 S. 53 f.

<sup>199</sup> Grün S. 39; KG FamRZ 94, 986 (986); BGH FamRZ 75, 273 (274); BGH FamRZ 85, 271 (271); Rauscher FPR 02, 359 (360); Muscheler FPR 05, 177 (177); Staudinger/Rauscher § 1592 Rdn. 20, 53; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1594 Rdn. 2; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1594 Rdn. 4.

<sup>200</sup> Gemäß § 1598 I BGB sind die Voraussetzungen aus den §§ 1594 - 1597 BGB abschließend und Fehler heilbar, § 1598 II BGB. Die Anerkennungserklärung ist formbedürftig (§ 1597 I BGB), aber nicht empfangsbedürftig, unbedingt (vgl. FbN. 207) und unbefristet (§ 1594 III BGB), höchstpersönlich (§ 1596 IV BGB) und kann bereits vor der Geburt des Kindes abgegeben werden (§ 1594 IV BGB). Eine Rechtswirkung erlangt die Anerkennung grundsätzlich erst, wenn alle Voraussetzungen vorliegen (Rechtsausübungssperre - Ausnahmen bestehen im Bereich des Sozial- und Steuerrechts sowie bei § 1615 o BGB und § 640 d ZPO),

Nicht erforderlich ist dagegen ein tatsächliches Zusammenleben der präsuntiven Eltern oder das Bestehen oder Zustandekommen einer Vater-Kind-Beziehung<sup>202</sup>.

### **aa) Fehlende anderweitige Vaterschaft**

Daneben setzt die Anerkennung gemäß § 1594 II BGB voraus, dass keine Vaterschaft eines anderen Mannes besteht. Durch die Vermeidung einer gleichwertigen doppelten Vaterschaft soll verhindert werden, dass dem Kind eine klare Zuordnung zu einem Vater fehlt und sich diese Ungewissheit negativ auf seine Entwicklung auswirken könnte<sup>203</sup>. Diese Sperrwirkung endet demzufolge grundsätzlich erst, wenn die bestehende Vaterschaft wirksam angefochten und beseitigt wurde.

Für die Sperrwirkung einer Vaterschaft kraft Ehe kommt es dabei auf den Zeitpunkt der Geburt an. Eine Anerkennung wird - nach umstrittener, aber herrschender Ansicht - daher nicht wirksam, wenn sie zwar pränatal (§ 1594 IV BGB), mit Zustimmung der unverheirateten Mutter, abgegeben wird, diese aber vor der Geburt einen anderen Mann ehelicht<sup>204</sup>. Bis zu dem Zeitpunkt der Geburt kann folglich die Ehelichkeitsvermutung die zeitlich frühere Anerkennung überholen<sup>205</sup>.

Während der bestehenden Sperrwirkung sind Anerkennungserklärungen dagegen nur rechtserheblich, wenn sie im Verfahren nach § 1599 II BGB<sup>206</sup> oder, schwebend unwirksam, unter der zulässigen Rechtsbedingung der Vaterschaftsanfechtung<sup>207</sup> abgegeben werden.

### **bb) Zustimmung der Mutter und gegebenenfalls des Kindes**

§ 1595 I BGB statuiert ferner für die Anerkennung ein unersetzbares<sup>208</sup> Zustimmungserfordernis<sup>209</sup> durch die Mutter<sup>210</sup> des Kindes. Auf diese Weise soll primär der Abstammungswahrheit gedient werden<sup>211</sup>.

---

jedoch frühestens mit Vollendung der Geburt. Dies hat letztlich auch zur Konsequenz, dass eine vor Geburt abgegebene Anerkennung (inklusive der Zustimmung der Mutter) hinfällig wird, wenn vor der Geburt die Mutter noch heiratet (s.o.). Insoweit verbleibt wiederum nur die Möglichkeit der Anfechtung. Vgl. zu all dem: Rauscher FPR 02, 359 (359 ff); Muscheler FPR 05, 177 (177 ff); Staudinger/Rauscher § 1592 Rdn. 55 ff.

<sup>201</sup> Nach h.M. ist die Anerkennungserklärung eine Willenserklärung und keine Wissenserklärung; BayObLG NJW-RR 00, 1602 (1603), MüKo/Wellenhofer-Klein § 1594 Rdn. 4, Staudinger/Rauscher § 1592 Rdn. 51, Rauscher FPR 02, 359 (360) - a.A. Palandt/Diederichsen § 1592 Rdn. 4; vgl. Grün S. 39.

<sup>202</sup> So die geltende Gesetzesfassung und auch Reformgedanken von Mutschler FamRZ 94, 65 (66).

<sup>203</sup> Rauscher FPR 02, 359 (362); MüKo/Wellenhofer-Klein § 1594 Rdn. 28.

<sup>204</sup> Rauscher FPR 02, 352 (353); ders. FPR 02, 359 (362); Grün S. 59; Frank FamRZ 88, 113 (115); ders. StAZ 03, 129 (132); Müller S. 137; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1594 Rdn. 42; Staudinger/Rauscher § 1594 Rdn. 49 ff; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1592 Rdn. 12; - a.A. Erman/Holzhauser § 1592 Rdn. 9 und § 1593 Rdn. 7; Lipp/Wagenitz § 1594 Rdn. 8, Fink S. 31; welche auf die Priorität abstellen; vgl. dazu auch Blech S. 24.

<sup>205</sup> Kritisch Helms FamRZ 97, 913 (918), der insoweit für eine Reform des Anfechtungsrechts eintrat; ebenso Erman/Holzhauser § 1592 Rdn. 9 und § 1593 Rdn. 7; Lipp/Wagenitz § 1594 Rdn. 8; Frank StAZ 03, 129 (132).

<sup>206</sup> Im Fall des § 1599 II BGB fallen die Anfechtung und die Anerkennung faktisch zusammen, s.o. **C.I.1.b.bb**; vgl. Rauscher FPR 02, 359 (361, 367 f); Muscheler FPR 05, 177 (178).

<sup>207</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 84, Gaul FamRZ 97, 1441 (1449); Rauscher FPR 02, 359 (361 und 362 und 363); Will FPR 05, 172 (174); Grün S. 59; Greßmann Rdn. 79; Blech S. 6 ff; Muscheler/Beisenherz JR 99, 356 (359); Schwab/Wagenitz FamRZ 97, 1377 (1378) Staudinger/Rauscher § 1594 Rdn. 44; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1594 Rdn. 29, § 1600 Rdn. 8; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1594 Rdn. 8 ff; Palandt/Diederichsen § 1594 Rdn. 7; BGH NJW 04, 1595 (1595); FamRefK/Wax § 1594 Rdn. 4; grundlegend BGH FamRZ 87, 375 (376) m.w.N.; KG FamRZ 95, 631 (631). Dem steht auch nicht die Bedingungsfeindlichkeit der Anerkennung entgegen, da die bedingte Anerkennung für den Fall einer rechtskräftigen Anfechtung, eine unschädliche Rechtsbedingung ist, Staudinger/Rauscher § 1594 Rdn. 44; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1594 Rdn. 13; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1594 Rdn. 39; Palandt/Diederichsen § 1594 Rdn. 7; Rauscher FPR 02, 359 (363); Muscheler FPR 05, 177 (178); Wagner FamRZ 99, 7 (8); Will FPR 05, 172 (174); Grün S. 41; je m.w.N.; - a.A. zur alten Rechtslage bspw. Göppinger FamRZ 87, 764 (764); OLG Stuttgart FamRZ 81, 707 (708).

Damit hat es die Mutter aber auch in der Hand, die Anerkennung des Kindes durch den genetischen Vater zu verhindern. Dem Kindesvater bleibt in diesem Fall nur die Möglichkeit, eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft zu betreiben.

Gemäß § 1595 II BGB ist zusätzlich die Zustimmung des Kindes erforderlich, wenn der Mutter insoweit die elterliche Sorge nicht zusteht<sup>212</sup>.

### **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Fraglich ist, ob dieser Gesetzesmechanismus verfassungsrechtlich haltbar ist. Die Ausgestaltung der Anerkennung bietet im Wesentlichen zwei Angriffspunkte, in denen jeweils eine Verletzung der Rechte aus Art. 6 GG gesehen werden kann.

Einerseits (**aa**) ist der Ausschluss der Anerkennung bei der bestehenden Vaterschaft eines anderen Mannes problematisch. Dieser führt faktisch zur Verhinderung der rechtlichen Vaterschaftserlangung mittels Anerkennung bei bestehender Ehe der Kindesmutter.

Andererseits (**bb**) kann das Zustimmungserfordernis der Mutter kritisch betrachtet werden, als dadurch nicht sichergestellt wird, dass die Mutter dem genetischen Vater die Erlangung rechtlicher Vaterstellung ermöglicht. Dem Kind kann dadurch sein genetischer Vater vorenthalten und sein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung vereitelt werden<sup>213</sup>. Ferner kann die Mutter ihre Zustimmung einem anerkennenden Dritten geben und somit die Vorschriften des Adoptionsrechts umgehen<sup>214</sup>.

#### **aa) Rechtfertigung der Sperrwirkung einer anderweitigen Vaterschaft**

Die dem Kindeswohl dienende Sperrwirkung ist nötig und gerechtfertigt<sup>215</sup>.

---

<sup>208</sup> BT-Drucks 13/4899 S.54; Greßmann Rdn. 83, mit dem Hinweis, dass dabei die genetische Abstammung überprüft werden müsste, aber nicht wie bei § 1600 d BGB eine unanfechtbare Vaterschaft erreicht werden könnte; vgl. auch: Will FPR 05, 172 (174); Rauscher FPR 02, 359 (360); Muscheler FPR 05, 177 (178); ders. JR 99, 356 (359); Gaul FamRZ 97, 1441 (1450); Grün S. 47; Sturm/Sturm StAZ 98, 305 (309); Edenfeld FuR 96, 190 (192); Fink S. 30; kritisch FamRefK/Wax § 1595 Rdn. 7; - unzutreffend ist auch insoweit, der Mutter das Sorgerecht zu entziehen, da die Zustimmung ein eigenes Recht der Mutter ist und die Wertung des § 1629 II (3) BGB dies verhindert, vgl. Grün S. 47; Muscheler FPR 05, 177 (178); - a.A. AG Biberach JAmt 01, 303; missverständlich BT-Drucks 13/4899 S. 54.

<sup>209</sup> Auch die bedingungsfeindliche Zustimmung der Mutter kann unter der zulässigen Rechtsbedingung der Beseitigung einer anderweitigen Vaterschaft erfolgen, MüKo/Wellenhofer-Klein § 1595 Rdn. 13; vgl. FbN. 207.

<sup>210</sup> Anders noch § 1593 BGB a.F. wonach ausschließlich die Zustimmung des Kindes erforderlich war. Die Zustimmung der Mutter wird aber nun aber für erforderlich gehalten, da sie von der Anerkennung betroffen ist und ihr daher beim Entstehungsvorgang der Vaterschaft ein Mitwirkungsrecht einzuräumen ist, BT-Drucks 13/4899 S. 54 - vgl. dazu FbN. 212.

<sup>211</sup> AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1595 Rdn. 1; Staudinger/Rauscher § 1595 Rdn. 3; Rauscher FPR 02, 359 (360).

<sup>212</sup> § 1595 II BGB beabsichtigt bei elterlicher Sorge der Mutter eine überflüssige Verdopplung der Zustimmung zu vermeiden (BT-Drucks 13/4899 S. 54, 84; Palandt/Diederichsen § 1595 Rdn.1). Statt einer eigenen Zustimmung und einer Zustimmung im Namen des Kindes genügt eine einmalige Ausübung der Zustimmungserklärung. Fehlt dagegen insoweit die elterliche Sorge der Mutter, bleibt daneben ihre Zustimmung nötig, da diese auf einem eigenen Recht der Mutter beruht und dabei nicht als Inhaberin der elterlichen Sorge handelt, Rauscher FPR 02, 359 (364) - vgl. zur Kritik FbN. 218; - nach Will FPR 05, 172 (175) kann das Zustimmungserfordernis auch dann relevant werden, wenn der Mutter insoweit die Sorge, wegen rechtsmissbräuchlichem Verhalten hinsichtlich der Zuordnung eines Dritten als Vater, entzogen wird; insoweit erlaube die rechtliche Konstruktion eine „Blockade“ einer rechtsmissbräuchlichen unrichtigen Vaterschaftszuordnung. Ob dies mehr als ein theoretisches Gedankenspiel ist, erscheint zweifelhaft, da die Schwelle der Rechtsmissbräuchlichkeit hoch und insoweit kaum überprüfbar ist.

<sup>213</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1449 ff); Palandt/Diederichsen § 1595 Rdn. 1.

<sup>214</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1449 ff); ders. FamRZ 00, 1461 (1464); Palandt/Diederichsen § 1595 Rdn. 1.

<sup>215</sup> Kurzfristig wurde dies von einer Minderansicht in der Literatur in Frage gestellt, vgl. Dethloff NJW 92, 2200 (2207) FbN. 112 und eine Anerkennung ohne Beseitigung einer anderweitigen Vaterschaft für möglich erachtet. Dabei wurde auf die gesetzliche Regelung in Norwegen, Schweden und Dänemark verwiesen. Übersehen wurde jedoch, dass dort insoweit die Zustimmung der Mutter, des rechtlichen Vaters und einer Verwaltungsbehörde

Dem Vater eines nichtehelichen Kindes ist allerdings - wie bereits erwähnt - grundsätzlich verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen<sup>216</sup>. Dem soll nach Ansicht des Gesetzgebers vorrangig das Anfechtungsrecht nachkommen. Folglich kommt es entscheidend auf die Ausgestaltung des Anfechtungsrechts an. Soweit dieses eine verfassungsrechtlich ausreichende Abänderung ermöglicht, ist gegen die gesetzliche Ausgestaltung des § 1592 Nr. 2 BGB nichts einzuwenden<sup>217</sup>.

Diese gesetzgeberische Entscheidung ist aber auch in der Konkurrenzsituation einer pränatalen Eheschließung nach vorangegangener pränataler Anerkennung (s.o.) vertretbar. In diesem Fall hat sich die Mutter für den Ehemann als sozialen Vater entschieden, sodass dies aus dem Gesichtspunkt des Familienschutzes und des Kindeswohls gerechtfertigt erscheint. Soweit jedoch eine derartige Familie nicht entsteht oder sich als nicht beständig erweist, kommt es wiederum auf die Ausgestaltung der Anfechtungsregeln an.

### **bb) Rechtfertigung des Zustimmungserfordernis der Mutter**

Aber auch das Zustimmungserfordernis der Mutter ist, zumindest in Bezug auf das Elternrecht des biologischen Vaters, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden<sup>218</sup>. Hinsichtlich der Rechtfertigung ist allerdings danach zu unterscheiden, ob die Zustimmung zur Anerkennung des biologischen Vaters von der Mutter verweigert wird (**aaa**) oder ob die Mutter ihre Zustimmung einem anerkennungswilligen Dritten gibt (**bbb**).

---

(mit Prüfung der Vaterwahrscheinlichkeit) erforderlich ist, so Gaul S. 623 FfBn. 25; vgl. dazu Dopffel S. 57 f, 115. Ferner berücksichtigt die Minderansicht nicht ausreichend den Schutz sozialer Bindungen zwischen Kind und rechtl. Vater, vgl. Schumann S. 257; Ernst S. 69. Ähnlich ist der Ansatz von Deinert DAVorm 88, 989 (990); ders. DAVorm 89, 205 (205), der erwägt, dass eine Vaterschaft auch zu einem bisher ehelichen Kind anerkannt werden kann, wenn insoweit Zustimmungen des Kindes und des bisherigen rechtl. Vaters vorliegen. Ähnlich auch Röwer S. 525, wonach eine Anerkennung mit Einverständnis der Mutter, ohne Anfechtung der Vaterschaft, überlegenswert sei. Hinsichtlich der Übernahme eines derartigen Reformgedanken, vgl. oben **C.I.1.d.bb**.

<sup>216</sup> Soweit eine bestehende familiäre Beziehung nicht gestört wird, BVerfG FamRZ 03, 816 (816 ff).

<sup>217</sup> Rauscher FPR 02, 359 (362); Frank StAZ 03, 129 (131 f); Blech S. 179 f; Maunz-Dürig/Badura Art. 6 Rdn. 101.

<sup>218</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Norm werden teilweise aber aus Gründen des Persönlichkeitsrechtes (Art. 2 I GG) des Kindes erhoben. Da die Mutter aus eigenem Recht die Zustimmung erteilen oder verweigern kann, ist nicht sichergestellt, dass damit den Kindesinteressen ausreichend Rechnung getragen wird. Die Mutter kann daher bspw. die Anerkennung vereiteln, um ihren neuen Partner, der vermutlich nicht der Kindesvater ist, die Vaterschaft zu ermöglichen oder dem wirklichen Vater, wegen eines bestehenden Konflikts, die Zustimmung verweigern. Es ist daher nicht gewährleistet, dass die Mutter dem Kind den richtigen Vater sichert und das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung respektiert. Darüber hinaus können insoweit die Vorschriften der Adoption umgangen werden. Ferner erscheint bedenklich, dass bei Volljährigkeit des Kindes die Mutter ein fortdauerndes Zustimmungsrecht besitzen soll. Zu all dem: Rauscher FPR 02, 359 (364 f); Gaul FamRZ 97, 1441 (1449 ff); Ramm JZ 96, 987 (992); Muscheler/Beisenherz JR 99, 356 (361); Helms FuR 96, 178 (183 f); Richter FamRZ 94, 5 (9); Palandt/Diederichsen § 1595 Rdn. 1; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1595 Rdn. 3; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1595 Rdn. 2; Staudinger/Rauscher § 1595 Rdn. 5; Rauscher Rdn. 793; Schwab Rdn. 463; Sturm/Sturm StAZ 98, 305 (310) FfBn. 79; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 75 und 120; Grün S. 46 f; - a.A. Zimmermann DNotZ 98, 404 (409); Coester DEuFamR 99, 3 (5), mit der Frage, wer denn eine Zustimmung für das Kind sachgerecht ausüben könne; vgl. dazu auch Meyer S. 152 f; Ferner bestehen Bedenken nach Art. 12 UNO-Kinderrechtskonvention, wonach der Kindeswille je nach Alter und Reife zu berücksichtigen ist, Gaul FamRZ 97, 1441 (1450); vgl. auch BT-Drucks 13/4899 S. 53; OLG Düsseldorf FamRZ 03, 1578 (1579).

### **aaa) Verweigerung der mütterlichen Zustimmung**

Im ersten Fall bestehen verfassungsrechtlich keine Bedenken, da dem biologischen Vater anderenfalls noch das Verfahren der Vaterschaftsfeststellung, ohne einem derartigen Zustimmungserfordernis, offen steht (dazu sogleich)<sup>219</sup>.

### **bbb) Erteilung der mütterlichen Zustimmung zur Anerkennung durch einen Dritten**

Im zweiten Fall löst die - genetisch unrichtige - Anerkennung eines Dritten als Vater des Kindes die Sperrwirkung einer bestehenden Vaterschaft aus. Der biologische Vater kann jedoch gegebenenfalls die rechtliche Vaterschaft anfechten und eine Korrektur der Vaterschaftszuordnung erreichen<sup>220</sup>. Die Zuweisung der rechtlichen Vaterschaft an sich ist gerechtfertigt, da (wie unter **C.I.1.c** ausgeführt) die Anerkennung der Elternschaft nicht stets von der Prüfung der Abstammung abhängen muss. Aus tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen darf eine Vermutung der Abstammung aufgestellt werden, soweit dies in aller Regel zu einem Zusammentreffen von genetischer und rechtlicher Vaterschaft führt. Eine derartige Vermutung ist auch in Fällen der Anerkennung angemessen, da eine Erklärung des Mannes, unter Zustimmung der Mutter, ausreichende Gewähr für deren Richtigkeit bietet<sup>221</sup>.

Wie das BVerfG festgestellt hat, darf dabei aber die Elternstellung des Vaters nicht *allein* vom Willen der Mutter abhängen<sup>222</sup>. Soweit nicht aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der sozialen Familie etwas anders gilt, hat die Mutter weder das Recht dem Kind einen Vater vorzuenthalten noch dem Kind einen anderen Vater als den Erzeuger vorzuschreiben. Ferner ist sie nicht berechtigt, dem biologischen Vater nachhaltig und uneingeschränkt die Erlangung der rechtlichen Vaterstellung verwehren zu können.

Da aber die Zustimmung vielfach der genetischen Wahrheit entspricht und/oder dem Schutz einer sozialen Familie dient, ist der gesetzlichen Ausgestaltung insoweit zu folgen. Ein Streit zweier väterlichen Bezugspersonen um die Elternschaft und die damit möglicherweise verbundene Korrekturnotwendigkeit ist demzufolge als Ausnahme anzusehen, sodass diesbezüglich erneut auf die Regelungen des Anfechtungsrechts verwiesen werden kann.

### **ccc) Zwischenergebnis**

Ob dementsprechend die Ausgestaltungen der Vaterschaftsfeststellung (im ersten Falle - **aaa**) beziehungsweise der Vaterschaftsanfechtung (im zweiten Falle - **bbb**) jeweils ein ausreichendes Korrektiv darstellen, ist daher im Folgenden noch zu untersuchen.

## **c) Ergebnis**

Entsprechend diesen Ausführungen ist die Anerkennung der Vaterschaft rechtlich unbedenklich ausgestaltet.

Unabhängig davon bestehen aber auch Reformgedanken.

Ein alternativer Ansatz<sup>223</sup> wäre, ein Korrektiv nicht erst auf Ebene der Vaterschaftsanfechtung bereitzustellen, sondern bereits im Rahmen der Vaterschaftsanerkennung einen

<sup>219</sup> Rauscher FPR 02, 359 (365); so auch BT-Drucks 13/4899 S. 53; Greßmann Rdn. 83; Maunz-Dürig/Badura Art. 6 Rdn. 101.

<sup>220</sup> Rakete-Dombek FPR 03, 478 (478); Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 10; vgl. auch Maunz-Dürig/Badura Art. 6 Rdn. 101; vgl. zur Problematik nach altem Recht, m.w.N. Rauscher FPR 02, 359 (365), der die Problematik über einen Entzug des Sorgerechts der Mutter (hinsichtlich der Zustimmung oder hinsichtlich der Vaterschaftsanfechtung) und Einsetzung eines Pflegers lösen will; vgl. auch Blech S. 179 f.

<sup>221</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 03, 1578 (1579); Coester-Waltjen FS II S. 20.

<sup>222</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (821); konkret dazu insb. Roth NJW 03, 3153 (3157).

<sup>223</sup> Zu dem Ansatz einer Vaterschaftsvermutung bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft s.o. **C.I.1.d.bb.fff**.

entsprechenden Ausgleich zu finden. Denkbar wäre daher, die Wirksamkeit der Anerkennung an den Nachweis der biologischen Abstammung zu knüpfen.

Dank der medizinischen Fortentwicklung steht der Durchführung eines Abstammungsnachweises inzwischen nicht mehr der Kosten- und Zeitfaktor entgegen. Ein derartiges Erfordernis hätte den Vorteil, dass es der biologischen Wahrheit nachkommt und den biologischen Vater vor der Sperrwirkung der Vaterschaftsanerkennung durch einen Dritten schützt.

Dennoch kann einem solchen Vorschlag nicht zugestimmt werden. Ungeachtet eines möglichen Einwands der Benachteiligung nichtehelicher Familien, die damit stets zu einem genetischen Vaterschaftsnachweis gezwungen würden, steht dem der Schutz des Kindeswohls und der sozialen Familie entgegen. Soweit das Kind in eine soziale Familie eingebunden ist und der Mann die Vaterschaft anerkennen will, kann dies schützenswert sein. Insbesondere bleibt zu bedenken, dass in diesen Fällen nicht stets der biologische Vater gegen seinen Willen ausgeschlossen wird, sondern dieser oftmals nicht feststeht oder nicht bereit ist, Elternverantwortung zu übernehmen. Dem Kind in einer solchen Situation dennoch auch den anerkennungswilligen sozialen Vater zu versagen, ist nicht geboten.

Ein Schutz des biologischen Vaters ist daher auf Ebene der Vaterschaftsanfechtung besser angebracht. Aus diesem Grund ist das geltende System der Anerkennung beizubehalten.

### **3) Vaterschaft nach gerichtlicher Feststellung § 1592 Nr. 3 Alt. 1 BGB**

Als dritte Form<sup>224</sup> der Festlegung der rechtlichen Vaterschaft kommt die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft in Betracht, §§ 1592 Nr. 3 Alt. 1, 1600 d BGB<sup>225</sup>. Mittels Klage<sup>226</sup> kann mit einem durchzuführenden Feststellungsverfahren gegebenenfalls der genetische Vater des Kindes ermittelt werden.

Im Jahr 2004 (2003) konnten auf diesem Weg 7, 6 (7,6) % der nichtehelich geborenen Kinder einem Vater zugeordnet werden<sup>227</sup>.

#### **a) Voraussetzungen**

Die gerichtliche Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung setzt gemäß § 1600 d I BGB zwingend voraus, dass keine anderweitige Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB feststeht.

Wer klageberechtigt ist, ergibt sich aus § 1600 e BGB. Demnach kann der biologische Vater beantragen, als Vater des Kindes festgestellt zu werden<sup>228</sup>.

Geltung entfaltet die Vaterschaftsfeststellung mit ihrer Rechtskraft. Zuvor, also auch noch im Rahmen der Anhängigkeit, ist eine Anerkennung der Vaterschaft noch möglich<sup>229</sup>.

---

<sup>224</sup> Grundsätzlich fehlt der Vaterschaftsfeststellung das Rechtsschutzbedürfnis, wenn eine Vaterschaftsanerkennung möglich ist, vgl. mit vielfachen Nachweisen bereits oben FbN. 196.

<sup>225</sup> Allgemein zur Vaterschaft kraft Feststellung: Muscheler FPR 05, 177 (177 ff); Gaul FamRZ 97, 1441 (1451 ff); Grün S. 63 ff.

<sup>226</sup> Zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen und Besonderheiten: Wieser NJW 98, 2023 (2023 ff), ders. FamRZ 04, 1773 (1773 f); Kirchmeier FPR 02, 370 (370 ff); Grün S. 63 ff; wobei es sich um eine Gestaltungsklage und nicht um eine Feststellungsklage handelt.

<sup>227</sup> Statistisches Bundesamt 2004 (2003), Statistik der Kinder- und Jugendhilfe; dagegen 89,7 (89,6) % durch Anerkennung und 2,6 (2,8) % in denen eine Vaterzuordnung nicht erfolgen konnte.

<sup>228</sup> Wieser NJW 98, 2023 (2023); Palandt/Diederichsen § 1600 e Rdn. 4; Will FPR 05, 172 (175); Muscheler FPR 05, 177 (179).

<sup>229</sup> Rauscher FPR 02, 359 (361).



Eine Zustimmung der Mutter, wie bei der Vaterschaftsanerkennung (§ 1595 I BGB), ist dagegen nicht erforderlich<sup>230</sup>. Dies rechtfertigt sich daraus, dass anders als bei der Vaterschaftsanerkennung eine Überprüfung der genetischen Vaterschaft erfolgt. Die Mutter soll demnach die Zuordnung des genetischen Vaters nicht verhindern können, soweit keine andere rechtliche Vaterschaft besteht und sie, in Übereinstimmung mit dem sozialen Vater, eine solche mittels Anerkennung auch nicht begründen will.

Dies ergibt sich allerdings nicht direkt aus der Gesetzesbegründung<sup>231</sup>. Diese sieht das mütterliche Zustimmungserfordernis zur Vaterschaftsanerkennung vielmehr als Konsequenz der Abschaffung der Amtspflegschaft und der damit verbundenen Zuweisung der uneingeschränkten elterlichen Sorge an die Mutter (§ 1626 a II BGB)<sup>232</sup>. Da gemäß der Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform<sup>233</sup> zur Vaterschaftsanerkennung ausschließlich die Zustimmung des Kindes (unter Mitwirkung des Jugendamts) erforderlich war, konnte die Mutter eine Vaterschaftsanerkennung nach altem Recht nicht verhindern. Der Mutter stand demnach gemäß § 1600 g I BGB a.F. lediglich die Anfechtung der Anerkennung offen, die jedoch nur erfolgreich sein konnte, wenn der Anerkennende nicht genetischer Vater des Kindes war. Die Festsetzung des genetischen Vaters konnte die Mutter daher nach altem Recht weder bei der Anerkennung noch bei der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft abwehren, sodass dies, mangels Änderungswille des Gesetzgebers, erst Recht nicht im Rahmen der Vaterschaftsfeststellung nach neuem Recht gelten soll.

#### **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Die Norm eröffnet dem genetischen Vater die Möglichkeit, seine Vaterstellung auch rechtlich zu fixieren. Berechtigterweise hat dabei die Mutter keine Handhabe, ihn zu behindern.

Soweit eine anderweitig schützenswerte soziale Familie besteht, steht es der Mutter und dem sozialen, nicht genetischen Vater offen, mittels Vaterschaftsanerkennung die Sperrwirkung herbeizuführen und das Eindringen des biologischen Vaters zu verhindern. Soweit dies nicht erfolgt, kann zurecht von einer fehlenden schutzwürdigen sozialen Familie ausgegangen werden. In diesem Fall spricht daher nichts dagegen, dem biologischen Vater auch rechtlich die Vaterstellung zuzusprechen.

Verfassungsrechtlich ist erneut bedenklich, dass die Vaterschaftsfeststellung ausgeschlossen ist, wenn eine andere rechtliche Vaterschaft besteht. Eine gleichwertige doppelte Vaterschaft ist jedoch aus Kindeswohlgesichtspunkten zu vermeiden. Entsprechend obiger Argumentation sind die Rechte des biologischen Vaters über eine ausreichende Zulässigkeit der Vaterschaftsanfechtung zu sichern, sodass wiederum deren Ausgestaltung entscheidend ist.

#### **4) Vaterschaft nach Anfechtung § 1592 Nr. 3 Alt. 2 BGB**

Als neu eingeführte Möglichkeit<sup>234</sup> der Erlangung der rechtlichen Vaterstellung kommt eine Vaterschaftsfeststellung nach § 1592 Nr. 3 Alt. 2 BGB i.V.m. § 640 h II ZPO in Betracht.

Diese Alternative wird relevant, wenn der biologische Vater wirksam die Vaterschaft eines Dritten angefochten hat. Da bereits im Rahmen einer erfolgreichen Anfechtungsklage die

<sup>230</sup> Wieser NJW 98, 2023 (2023); Rauscher FPR 02, 359 (365); Muscheler FPR 05, 177 (181); Palandt/Diederichsen § 1600 e Rdn. 4; Will FPR 05, 172 (172).

<sup>231</sup> Zu den gesetzgeberischen Intentionen in diesem Bereich BT-Drucks 13/4899 S. 53 ff; Gaul FamRZ 97, 1441 (1449 ff).

<sup>232</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 54.

<sup>233</sup> Kindschaftsrechtsreform von 1998, dazu BT-Drucks 13/4899; vgl. dazu m.w.N. Blech S. 20 ff.

<sup>234</sup> Eingeführt durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes (...), BT-Drucks 15/2253.

Abstammung von dem Anfechtendem festgestellt wurde (Tatbestandsvoraussetzung des § 1600 II BGB) und das Ziel verfolgt wird, das Kind nicht vaterlos zu stellen, greift § 640 h II ZPO (näheres unter **C.II**). Nach dieser Norm hat das Urteil über die Vaterschaftsanfechtung zugleich auszusprechen, dass der Anfechtende rechtlicher Vater des Kindes ist<sup>235</sup>.

Der Mutter steht insoweit keine Einwendungsmöglichkeit offen, da sie, wie bei der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung (s.o.), die Zuordnung des genetischen Vaters nicht verhindern können soll, wenn keine schützenswerte rechtliche Vaterschaft eines Dritten besteht. Letzteres wird durch § 1600 II BGB sichergestellt, wonach die Anfechtung voraussetzt, dass keine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater beeinträchtigt wird.

## **5) Ergebnis**

Nach der ganz herrschenden Literaturauffassung und der hier vertretenen Ansicht stellt die Ausgestaltung der Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1-3 BGB folglich eine sinnvolle und beizubehaltende Regelungsmaterie dar. Es bestehen keine Bedenken gegen diesen gesetzlichen Ausgangspunkt, soweit sichergestellt ist, dass den Betroffenen ausreichend Möglichkeit gegeben wird, die bestehende rechtliche Vaterschaft zu korrigieren. Dazu steht den Betroffenen das Recht zur Vaterschaftsanfechtung zur Verfügung, deren Umsetzung sogleich näher untersucht wird.

## **6) Die gesetzliche Grundentscheidung im Bereich der Abstammung**

Um die Ausgestaltung der Anfechtungsregeln angemessen überprüfen und beurteilen zu können, ist es zunächst sinnvoll, sich die gesetzliche Grundentscheidung im Bereich der Abstammung zu vergegenwärtigen.

Letztlich geht das Gesetz von einem differenzierten Ansatz im Abstammungsrecht aus<sup>236</sup>. Während bei der Vaterschaft ein gemischtes System der rechtlichen Zuordnung auf Grund genetischer Abstammung und auf Grund sozialer Umstände geschaffen wurde<sup>237</sup>, gilt bei der Mutterschaft ein anderer Ausgangspunkt.

### **a) Gesetzliche Mutterschaft**

Gemäß § 1591 BGB ist die gesetzliche Mutter die Frau, die das Kind geboren hat<sup>238</sup>. Obwohl dies regelmäßig der biologischen Abstammung entspricht, wird auf die genetische Verbundenheit bewusst nicht abgestellt<sup>239</sup>. Das Problem der gespaltenen Mutterschaft wird

---

<sup>235</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 8; Will FPR 05, 172 (175); Seidel FPR 05, 181 (184); Höfelmann FamRZ 04, 745 (749); Eckebrecht FPR 05, 205 (208); zur verfahrensrechtlichen Situation Wieser FamRZ 04, 1773 (1773 f); AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 15 f.

<sup>236</sup> Zu einem Vergleich mit dem englischen Recht, Büttner FamRZ 97, 464 (466 f); zum französischen Recht, Helm S. 55 ff.

<sup>237</sup> Zur historischen Entwicklung der Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters, Peschel-Gutzeit FPR 05 167 (169 ff), wonach zeitweilig das nichteheliche Kind mit seinem Vater sogar als nicht verwandt galt, § 1589 BGB a.F..

<sup>238</sup> Vgl. dazu Gaul FamRZ 97, 1441 (1463); ders. FamRZ 00, 1461 (1473 ff); BT-Drucks 13/4899 S. 51, 82 f.

<sup>239</sup> Vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 51 f, 82, mit dem Argument, dass mittels Schwangerschaft und Geburt eine körperliche und psychosoziale Beziehung der Mutter zu dem Kind besteht und auch zivilrechtlich die Leihmutterschaft unterbunden werden soll; FamRefK/Wax § 1591 Rdn. 2; kritisch dazu: Seidel FPR 02, 402 (403); MüKo/Seidel § 1591 Rdn. 16 ff und § 1589 Rdn. 12 ff; Ramm JZ 96, 987 (989, 993); Gaul FamRZ 97, 1441 (1463); Helms FuR 96, 178 (188); Mutschler FamRZ 96, 1381 (1385).

damit eindeutig gesetzlich geregelt<sup>240</sup> und eine Frau, die eine befruchtete Eizelle einer anderen Frau austrägt (Leihmutterschaft<sup>241</sup>), rechtlich als Mutter anerkannt. Die genetische Verbundenheit wird daher insoweit ausdrücklich zurückgestellt.

Bemerkenswert ist insbesondere, dass der Gesetzgeber eine Anfechtung der Mutterschaft explizit ausgeschlossen hat<sup>242</sup> und die gebärende Frau unabänderbar zur Mutter bestimmt<sup>243</sup>. Entgegen der Ansicht des Gesetzgebers<sup>244</sup> wird von der Literatur auch eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage ohne statusrechtliche Folgen weitgehend abgelehnt<sup>245</sup>.

### **b) Gesetzliche Vaterschaft**

Anders dagegen wieder im Bereich der Vaterschaft, wo mittels Vaterschaftsanfechtung die nicht genetische väterliche Abstammungszuordnung gegebenenfalls beseitigt und der genetischen Abstammung zur Geltung verholfen werden kann.

Aber auch dieser Grundsatz gilt nicht uneingeschränkt, da die Anfechtung nicht von jedermann (Anfechtungsberechtigte) und jederzeit (Anfechtungsfrist) vorgenommen werden kann und bei einer heterologen Insemination, in bewusster Abkehr der biologischen Verbundenheit, die Vaterschaftsanfechtung durch die Mutter und den einwilligenden Vater ausgeschlossen ist (§ 1600 IV BGB)<sup>246</sup>. Ebenso ist das Vaterschaftsanfechtungsrecht des biologischen Vaters inzwischen zwar eingeführt<sup>247</sup>, aber zum Schutz der sozialen Familie beschränkt (§ 1600 II BGB).

Demgegenüber ist das Vaterschaftsanfechtungsrecht des Kindes kaum begrenzt<sup>248</sup>, sodass insoweit eine starke Tendenz zur Klärung der biologischen Wahrheit besteht<sup>249</sup>.

---

<sup>240</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 51 f, 82.

<sup>241</sup> Die Ei- und Embryonenspende ist in Deutschland durch §§ 13 c und 13 d AdoptionsvermittlungsG hinsichtlich der Vermittlung und durch § 1 I Nr. 1, 2, 6 und 7 EmbryonenschutzG hinsichtlich der medizinischen Assistenz öffentlichrechtlich verboten und mittels § 1591 BGB nunmehr auch zivilrechtlich „sanktioniert“; vgl. dazu Schlegel FuR 96, 116 (116 ff); Coester-Waltjen FamRZ 92, 369 (369 f).

<sup>242</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 52, 82, entgegen einem Vorschlag des DJT, FamRZ 92, 1275 (1275); vgl. Mutschler FamRZ 94, 65 (69); kritisch Schwenzer, Gutachten zum DJT, A 40; Müller S. 14 f, 21; Gaul FamRZ 97, 1441 (1464); ders. FamRZ 00, 1461 (1473); Helms FuR 96, 178 (188); Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (411); MüKo/Seidel § 1591 Rdn. 16 ff; ebenso eine Statusklage auf Feststellung der Mutterschaft; kritisch Seidel FPR 02, 402 (403); Wesche RPfleger 96, 53 (54); Diederichsen NJW 98, 1977 (1979); Schwab/Wagenitz FamRZ 97, 1377 (1377 ff); MüKo zur ZPO/Coester-Waltjen § 649 Rdn. 42; Coester DEuFamR 99, 3 (5), ders. FamRZ 95, 1245 (1246) Ffñ. 13, der etwa auf die biologische Wahrheit und das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung verweist; - zustimmend Zimmermann DNotZ 98, 404 (411); Quantius FamRZ 98, 1145 (1150 ff).

<sup>243</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 82 f und BT-Drucks 13/8511 S. 80.

<sup>244</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 83, auf Feststellung der genetischen Abstammung, allerdings ohne statusrechtliche Änderungswirkung. Hintergrund dieser Ansicht ist das Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung.

<sup>245</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1464); Staudinger/Rauscher § 1591 Rdn. 21 ff; MüKo/Seidel § 1591 Rdn. 25 ff; § 1589 Rdn. 55; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1591 Rdn. 5; Schwab/Wagenitz FamRZ 97, 1377 (1377 f); Helms S. 120 f; ders. FuR 96, 178 (188); Fink S. 29 Ffñ. 144; Coester DEuFamR 99, 3 (5); Dörndorfer ZfJ 98, 202 (203); Pieper FuR 98, 33 (35); Wolf FuR 04, 392 (385 ff); Büttner FamRZ 98, 585 (593); regelmäßig mit dem Hinweis, dass es an einem feststellbaren Rechtsverhältnis fehlt; - zustimmend dagegen: Seidel FPR 02, 402 (403); Mutschler FamRZ 96, 1381 (1385); Muscheler/Bloch FPR 02, 339 (346); MüKo/Seidel § 1591 Rdn. 16 ff, § 1592 Rdn. 54, 75; Edenfeld FuR 96, 190 (191); Quantius FamRZ 98, 1145 (1150); DJT FamRZ 92, 1275 (1275); dt. Juristinnenbund FamRZ 92, 912 (912); Großmann Rdn. 60; - kritisch auch Diederichsen NJW 98, 1977 (1979); zur Zulässigkeit im Rahmen der Bestimmung der Vaterschaft vgl. **C.II.3; D.II.4; E.II.9.e.aa.**

<sup>246</sup> Näher dazu **C.II.1.c.dd.**

<sup>247</sup> Zur Vaterschaftsanfechtung des biologischen Vaters sogleich unter **C.II.1.**

<sup>248</sup> Eine materielle Beschränkung zum Schutz der sozialen Familie besteht nicht und die Anfechtungsfrist ist erweitert, vgl. § 1600 b III und V BGB; kritisch dazu m.w.N. Gaul FamRZ 97, 1441 (1458 f); ders. FamRZ 00, 1461 (1469); Frank FamRZ 04, 841 (844 f); - näher dazu unter **C.II.1.d.cc.**

<sup>249</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1442 ff, 1444 ff); ders. FamRZ 00, 1461 (1462).

### c) Ergebnis

Somit stellt sich das deutsche Abstammungssystem in ihrer Gesamtheit als eine Mischform dar und kann nicht auf das reine Abstammungsprinzip verkürzt werden<sup>250</sup>.

Entgegen der gesetzlichen Definition der Verwandtschaft in § 1589 BGB, welche auf die biologische Abstammung abstellt und der Titelüberschrift „Abstammung“ bei den §§ 1591 ff BGB, ist die genetische Verbundenheit daher nicht allein entscheidend<sup>251</sup>.

In welchem Maß sich die genetische gegen die soziale Elternschaft durchsetzen kann, ist im Einzelnen umstritten<sup>252</sup> und manifestiert sich im Wesentlichen in der Ausgestaltung des Vaterschaftsanfechtungsrechts.

Unabhängig von der Bedeutung der sozialen Elternschaft für das Kind, bleibt die zunehmende Abänderung traditioneller Familienbilder zu berücksichtigen. Einerseits wird in der modernen Gesellschaft die soziale Familie zusehends der Regefall, andererseits ist die soziale Familie oftmals auch einem starken Wechsel unterzogen. Viele Kinder wachsen heute in wechselnden Beziehungssituationen auf und müssen sich einer wiederholten Abänderung der männlichen Bezugsperson stellen. Im Gegensatz dazu bietet die genetische Abstammung eine unverrückbare Konstante und kann für das Kind eine Beziehungskontinuität und Beziehungstabilität ermöglichen<sup>253</sup>.

Letztlich kann aber weder dem einen noch dem anderen ein absoluter Vorrang eingeräumt werden, da die Elternschaft der Funktionsbindung an das Kindeswohl nachzukommen hat<sup>254</sup>.

---

<sup>250</sup> So auch Mutschler FamRZ 94, 65 (66 f); hinsichtlich der unterschiedlichen Bedeutung der Blutsverwandtschaft im französischem Familienrecht, vgl. Frank FamRZ 92, 1365 (1365 ff), wonach dort die genetische Verbundenheit weniger und der Lebenswirklichkeit mehr Bedeutung zukommt; dazu auch Ullmann FamRZ 84, 117 (117 ff) und 239 (239 ff).

<sup>251</sup> MüKo/Seidel § 1589 Rdn. 2, 7, 11 ff; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1592 Rdn. 3; Diederichsen NJW 98, 1977 (1979); Gaul FamRZ 97, 1441 (1463); ders. FamRZ 00, 1461 (1473); wobei der historische Gesetzgeber die Fälle der gespaltenen Mutterschaft, auf Grund des damaligen Stands der Medizin, nicht erkennen konnte.

<sup>252</sup> Für eine Aufwertung der genetischen Wahrheit bspw.: Kropholler AcP 185 (1985), 245 (260 f, 262), der als Reformziel eine Aufwertung der genetischen Wahrheit fordert; ähnlich Schwenzer S. 249, die neben der Absicherung der gelebten Eltern-Kind-Beziehung die wirkliche Abstammung fördern will; dazu Harder AcP 189 (1989) 179 (179); Jayme FamRZ 89, 357 (357); Gernhuber FamRZ 73, 229 (237), der auf die unverrückbare Konstante der genetischen Elternschaft hinweist und der sozialen Elternschaft ggfs. vorzieht, da diese kein konstitutives Element kennt, welche Dauerhaftigkeit sichert (die Ausführungen betreffen aber nicht die Abgrenzung zur biologischen Vaterschaft, sodass für die vorliegende Problematik nur begrenzt Schlussfolgerungen zu ziehen sind); ebenso Roth NJW 03, 3153 (3155), wonach die rechtliche Elternschaft rechtsgrundsätzlich stets der biologischen Elternschaft weichen müsse; - a.A. Coester JZ 92, 809 (810 f) mit dem Hinweis, dass damit die etablierte rechtliche und damit potentiell soziale Elternschaft „vernichtet“ wird, jedoch der genetischen Elternschaft nicht ein grundsätzlicher Vorrang einzuräumen ist; a.A. auch Ramm § 25 IV 3; ders. JZ 96, 987 (997), der die Überbewertung der Abstammung und den mangelnden Respekt vor gelebten sozialen Gemeinschaften bemängelt; ähnlich Dethloff NJW 92, 2200 (2208), die sich für die Stärkung der sozialen Elternschaft ausspricht; ebenso Ernst S. 52, wonach die biologische Wahrheit hinter der gelebten Vater-Kind-Beziehung zurückstehen hat, solange eine begründete Aussicht darauf besteht, dass das Kind in dieser vollständigen Familie aufwachsen kann; ähnlich Lempt NJW 72, 315 (316); Koch FamRZ 90, 569 (569 ff); Ramm JZ 89, 861 (870 ff); vgl. auch Gottwald S. 113 ff; Roth FamRZ 96, 769 (771); Frank StAZ 03, 129 (129 ff); Müller S. 22 ff, 68 der das Spannungsfeld erkennt und am Maßstab des Kindeswohls lösen will; vgl. zum Verhältnis rechtlicher, genetischer und faktischer Elternschaft auch Knöpfel FamRZ 83, 317 (317 ff); sehr restriktiv Hassenstein FamRZ 88, 120 (120 ff), der jegliches berechtigtes Interesse des Kindes an seinen genetischen Eltern ablehnt, gegen eine solche Argumentation zurecht BVerfG FamRZ 95, 255 (255 ff); BVerfG FamRZ 97, 869 (869 ff); Frank/Helms FamRZ 97, 1258 (1258 ff); Weber FamRZ 96, 1254 (1256 f); Muscheler/Bloch FPR 02, 339 (342).

<sup>253</sup> Helms S. 107; ders. FamRZ 97, 913 (914); zustimmend Roth NJW 03, 3153 (3155); ähnlich Gernhuber FamRZ 73, 229 (237); vgl. dazu auch die Verweise in FbN. 252.

<sup>254</sup> Coester JZ 92, 809 (810).

## **II Die Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft**

Wie im Rahmen der Vaterschaftsbestimmung mehrfach festgestellt wurde, kommt es im Hinblick auf die Wahrung des Art. 6 GG immer wieder darauf an, wie das Familienrecht den Bereich der Vaterschaftsanfechtung ausgestaltet. Nur soweit diese Regeln eine ausreichende Korrektur einer genetisch fehlerhaften Zuordnung ermöglichen, stellt sich das Abstammungsrecht verfassungskonform dar.

Im Folgenden sind daher die §§ 1600 ff BGB zu untersuchen<sup>255</sup>. Insbesondere stellt sich dabei die Frage, ob die verfassungsrechtlich garantierten Rechte des biologischen Vaters ausreichend geschützt werden.

Die gesellschaftliche und rechtliche Brisanz ergibt sich daraus, dass Schätzungen zufolge bis zu 30 % aller Kinder mit ihren rechtlichen Vätern nicht genetisch verbunden sind<sup>256</sup>.

### **1) Das Anfechtungsrecht des genetischen Vaters**

Die Anfechtung der Vaterschaft erfolgt mittels Klage<sup>257</sup>, deren Ziel es ist, festzustellen, ob ein bestimmter Mann als genetischer Vater des Kindes ausscheidet. Bei der Klage des biologischen Vaters - zu deren Zulässigkeit sogleich - wird gleichzeitig gemäß § 640 h II ZPO ausgesprochen, dass der Anfechtende der Vater des Kindes ist (s.o.).

Wer die Anfechtungsklage erheben kann, ergibt sich aus der abschließenden Aufzählung der Berechtigten in § 1600 BGB. Diese Norm wurde erst im Jahr 2004 geändert, nachdem das BVerfG die Verfassungswidrigkeit der vorherigen Rechtslage festgestellt hat.

Im Folgenden ist daher die ursprüngliche rechtliche Lage (a), die Entscheidung des BVerfG (b), die legislative Folgeänderung (c) sowie die jeweils dazugehörige Kritik zu untersuchen.

#### **a) Rechtliche Stellung nach § 1600 BGB a.F.**

##### **aa) Gesetzliche Lage nach § 1600 BGB a.F.**

In der ursprünglichen Fassung des § 1600 BGB war der biologische Vater nicht anfechtungsberechtigt. Eine Anfechtung konnten aus männlicher Sicht nur die nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB feststehenden rechtlichen Väter durchführen. Diese Gesetzeslage ging auf den Gedanken zurück, dass das Kind ein Interesse hat, ungestört in seiner gegebenen sozialen

---

<sup>255</sup> Allgemein zur Anfechtung Gaul FamRZ 97, 1441 (1454 ff); Wanitzek FPR 02, 390 ff; Grün S. 109 ff; zum Anfechtungsverfahren und auch zur Streitbeteiligung und Nebenintervention des potentiellen Erzeugers, vgl. Wieser FamRZ 98, 1004 (1004 ff); ders. FamRZ 04, 1773 (1773 f).

<sup>256</sup> So Wolf NJW 05, 2417 (2417), der sich insoweit auf Frank FamRZ 841 (844) stützt, der von einer fehlerhaften Zurechnung kraft Ehe in etwa 20 - 25 % der Fälle ausgeht; anders zu letzterem aber Schnorr ZRP 03, 342 (342), der eine fehlerhafte Zuordnung kraft Ehe in 5 - 10 % der Fälle annimmt.

<sup>257</sup> Zum Klageverfahren vgl. Grün S. 109 ff; umstritten ist, ob es sich insoweit um ein Gestaltungs- oder Feststellungsurteil handelt, dazu m.w.N. AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1599 Rdn. 5; zu beachten ist insoweit die Besonderheit des § 640 d ZPO, wonach der geltende Untersuchungsgrundsatz eingeschränkt wird. Gegen den Widerspruch des Anfechtenden dürfen Tatsachen, die von den Parteien nicht vorgebracht werden, nur verwendet werden, wenn sie *gegen* die Anfechtung sprechen; - eine Änderung der prozessualen Seite der Anfechtung schlug van Els DAVorm 89, 641 (643 f) vor und plädierte für die Einführung eines Ehelichkeitsanfechtungsverbunds. Dies ist zwischenzeitlich überholt, da dies insb. für die Ehelichkeit von in einer Ehe gezeugten, aber nach Rechtskraft geborenen Kinder gelten sollte. Diese werden aber nunmehr kraft § 1592 Nr. 1 BGB von der Vaterschaftsvermutung nicht mehr erfasst. Darüber hinaus ist die Ehelichkeitsanfechtung mit der Anerkennungsanfechtung vereinheitlicht, sodass der Ansatz, zumindest im ursprünglichen Sinn, nicht aufrechterhaltbar wäre. Zustimmend DIV-Gutachten DAVorm 89, 775 (777); Röwer S. 525. Kritisch damals schon Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1591 Rdn. 10 d; Feuerabend DAVorm 90, 1053 (1053).

Beziehung aufzuwachsen und dies auch den Wünschen der Mutter entspricht. Solange sie, der rechtliche Vater und das Kind von dem Anfechtungsrecht nicht Gebrauch machen, sei davon auszugehen, dass die soziale Beziehung Bestand habe und schützenswert sei<sup>258</sup>. Neben dem Gedanken des Schutzes der sozialen Familie beruht die alte Regelung ebenso auf dem Gesichtspunkt, dass dies dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit bei Abstammungsfragen entspreche, da große Auswirkung ins private und öffentliche Recht bestehen (Erb-, Steuer-, Sozialrecht)<sup>259</sup>.

## **bb) Kritik der Literatur an § 1600 BGB a.F.**

Diese Situation ist in der Literatur<sup>260</sup> zunehmend auf Kritik gestoßen, weil es den generellen Ausschluss der Anfechtung durch den biologischen Vater für nicht mehr rechtfertigbar hielt. Neben einem Verstoß gegen das Elternrecht des Art. 6 II GG, wurde darüber hinaus eine Verletzung des Art. 3 II GG diskutiert, da eine Ungleichbehandlung mit der Mutter bestehe<sup>261</sup>.

Die Argumentation des Gesetzgebers, dass eine Vaterschaftsabänderung zum Schutz der sozialen Familie zu unterbleiben habe, wenn die übrigen Beteiligten ihr Anfechtungsrecht nicht ausüben, ist keinesfalls zwingend. Eine Anfechtung kann auch ausscheiden, weil diese verstorben sind, die Frist versäumt haben oder eigenständige Interessen dem Kindeswohl vorziehen.

## **aaa) Berechtigter Anfechtungsausschluss**

Der Ausschluss des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters wurde dagegen weitgehend als berechtigt anerkannt, soweit die Familiengemeinschaft zwischen Mutter, Kind und rechtl. Vater Bestand hat<sup>262</sup>. Richtigerweise wurde dabei auf das Kindesinteresse am

---

<sup>258</sup> BT-Drucks 13/ 4899 S. 57 f; BT-Drucks 15/2253 S. 8 f; vgl. dazu bspw. Wellenhofer-Klein FamRZ 03, 1889 (1889); Machulla ZFE, 03, 196 (196).

<sup>259</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 8.

<sup>260</sup> Vgl. Schumann FamRZ 00, 389 (391); dies. S. 273 ff; Wanitzek FPR 02, 390 (393 f); Rauscher Rdn. 798; ders. FPR 02, 359 (362). Beitzke S. 51 ff; Ebeling/Zimmermann DEuFamR 99, 25 (34); Schwenzer S. 244 ff; dies. FamRZ 92, 121 (124); dies. FamRZ 85, 1 (8); dies. Gutachten zum DJT, A. 36 f; zustimmend letzterem Diederichsen, Referat zum DJT, A 89; Müller S. 137 ff; Fleisch S. 111 ff; Helms S. 109; ders. FamRZ 94, 913 (914, 918 - rechtsvergleichend); Coester JZ 92, 809 (811); ders. DEuFamR 99, 3 (6); Böhm ZRP 92, 334 (336); Diederichsen NJW 98, 1977 (1980); Dethloff NJW 92, 2200 (2208); Grunsky StAZ 70, 248 (254); Henrich S. 197; Zens/Salgo S. 86 ff; Grziwotz S. 459 f; DJT FamRZ 92, 1275 (1276); dt. Juristinnenbund FamRZ 92, 912 (912); Benda/Mainhofer/Vogel/v. Münch § 9 Rdn. 28; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 75 und 119; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 8 ff; Staudinger/Rauscher (2000) § 1600 Rdn. 25 ff; Palandt/Diederichsen (62. A.) § 1600 Rdn. 5; Erman/Holzhauser § 1592 Rdn. 7; je m.w.N.; kritisch Winn KindPrax 99, 94 (95); Stein/Jonas/Schlosser (21. A.) § 641 k Rdn. 1; vgl. zu letzteren Staudinger/Rauscher (2000) § 1600 Rdn. 29 und Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 641 k Rdn. 1; kritisch auch OLG Frankfurt FamRZ 97, 1356 (1357); eingeschränkt Frank StAZ 03, 129 (132 ff); - a.A. noch BT-Drucks 13/4899 S. 57 f, 86, 126; BGH FamRZ 99, 716 (716); BGH FamRZ 81, 538 (538 f); OLG Köln NJW-RR 02, 4 (5); OLG Köln 02, 480 (480 f) AG Bielefeld FamRZ 03, 885 (885); sowie Gaul FamRZ 97, 1441 (1461); ders. FamRZ 00, 1461 (1470); Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (409); Deichfuß S. 150 ff; Greßmann Rdn. 116; Grün S. 118 f; Ernst S. 185 ff; Frank S. 92 f (anders aber wohl hinsichtlich der Anfechtung einer Vaterschaftsanerkennung, S. 95); ders. FamRZ 88, 113 (114 f), (dort aber auch hinsichtlich der Anfechtung einer Vaterschaftsanerkennung); ders. AcP 00, 401 (419); Finger NJW 84, 846 (849); Zimmermann DNotZ 98, 404 (415); Schwab/Wagenitz FamRZ 97, 1377 (1379); Roth-Stielow Rdn. 83; Mutschler FamRZ 96, 1381 (1382), entgegen der zuvor geäußerten Kritik aber ders. in FamRZ 94, 65 (69) für eine Anfechtung in Ausnahmefällen; kritisch sehr früh bereits Boehmer, NJW 49, 52 (53), der die Interessen des biologischen Vaters im Rahmen des früheren staatsanwaltschaftlichen Vaterschaftsanfechtungsrechts berücksichtigen will.

<sup>261</sup> Palandt/Diederichsen (62. A.) § 1600 Rdn. 6; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 10; Staudinger/Rauscher (2000) § 1600 Rdn. 28; - a.A. BGH FamRZ 99, 716 (716); AG Bielefeld FamRZ 03, 885 (885).

<sup>262</sup> Wanitzek FPR 02, 390 (394); Coester DEuFamR 99, 3 (6); Schwenzer FamRZ 85, 1 (8); dies. S. 247; dies. Gutachten zum DJT, A 37; Henrich S. 197; Müller S. 144, 148; Böhm ZRP 92, 334 (336); Beitzke S. 52; Blech S. 176; Fleisch S. 115; so auch im Hinblick auf Art. 8 EMRK, Fahrenhorst S. 357 f; zustimmend LG Köln

Aufwachsen in dieser Gemeinschaft und den damit verbundenen Schutz von Ehe und Familie verwiesen.

### **bbb) Unberechtigter Anfechtungsausschluss**

Ein Anfechtungsrecht wurde jedoch für Konstellationen gefordert, in dem die Familiengemeinschaft nicht oder nicht mehr besteht. Im Rahmen dessen wurde eine Kasuistik aufgestellt, in der ein derartiges Anfechtungsrecht einzuräumen sei<sup>263</sup>.

Demnach wurde ein Anfechtungsrecht des biologischen Vaters diskutiert, wenn die Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt ist<sup>264</sup>, die ehelichen Eltern getrennt leben<sup>265</sup> oder die Ehe zerrüttet ist<sup>266</sup>, die ehelichen Eltern<sup>267</sup> beziehungsweise nur der rechtliche Vater<sup>268</sup> verstorben sind/ist oder die ehelichen Eltern der Anfechtung zustimmen<sup>269</sup>. Ferner wurde das Anfechtungsrecht in Fällen bejaht, in denen die Eltern das Kind in Pflege oder zur Adoption geben<sup>270</sup>, ihnen das Sorgerecht entzogen wird<sup>271</sup>, die Vaterschaft objektiv falsch anerkannt wurde<sup>272</sup>, die Mutter kurz vor der Geburt einen Dritten heiratet<sup>273</sup> oder der biologische Vater selbst mit dem Kind zusammenlebt<sup>274</sup>. Darüber hinaus wurde auch ein Anfechtungsrecht für die Situation erwogen, wenn die übrigen Anfechtungsberechtigten zwar anfechten wollen, aber der Fristablauf entgegensteht<sup>275</sup>.

Weitergehender und fortschrittlicher war schließlich ein Vorschlag, wonach eine Anfechtung zulässig sei soll, wenn eine Eltern-Kind-Beziehung zum rechtlichen Vater nicht bestehe<sup>276</sup>.

---

FamRZ 96, 433 (434); ähnlich Schumann FamRZ 00, 389 (391); dies. S. 279; Benda/Mainhofer/Vogel/v. Münch Rdn. 28; kritisch insoweit Staudinger/Rauscher (2000) § 1600 Rdn. 30 ff; - a.A. nicht derart absolut Helms FamRZ 97, 913 (917).

<sup>263</sup> Siehe die Vertreter in den folgenden FbN.; vgl. insoweit auch OLG Frankfurt FamRZ 97, 1356 (1357); a.A. Helms FamRZ 97, 913 (918), der sich i.E. für eine Generalklausel aussprach.

<sup>264</sup> Schumann FamRZ 00, 389 (391); dies. S. 281; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 11; ähnlich Grziwotz S. 459 f; Zens/Salgo S. 88.

<sup>265</sup> Zens/Salgo S. 88; - a.A. Ernst S. 189; kritisch auch Müller S. 146.

<sup>266</sup> MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 11; - a.A. Schumann S. 279.

<sup>267</sup> So Schwenzer S. 248; dies. FamRZ 85, 1 (8 f); dies. Gutachten zum DJT, A 37; Beitzke S. 52; Blech S. 177; Schumann FamRZ 00, 389 (391); dies. S. 281; Grziwotz S. 459; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 75; Henrich S. 197; so auch im Hinblick auf Art. 8 EMRK, Fahrenhorst S. 358; - a.A. Deichfuß S. 151 f; Helms S. 109; Ernst S. 191; Frank S. 93; eingeschränkt Mutschler FamRZ 94, 65 (69); Müller S. 149; Helms S. 109.

<sup>268</sup> MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 11; eingeschränkt Müller S. 149; - a.A. wohl erst Recht die Gegenmeinung in FbN. 267.

<sup>269</sup> Schwenzer, Gutachten zum DJT, A 37; - a.A. Ernst S. 189, mit dem Hinweis, dass insoweit das Anfechtungsrecht der übrigen Beteiligten ausreichend sei.

<sup>270</sup> So Schwenzer S. 247; dies. FamRZ 85, 1 (8 f); dies. Gutachten zum DJT, A 37; Beitzke S. 52; Müller S. 148; Blech S. 177; Zens/Salgo S. 88; Henrich S. 197; Grziwotz S. 459; so auch im Hinblick auf Art. 8 EMRK, Fahrenhorst S. 358; - a.A. Mutschler FamRZ 94, 65 (69); Helms S. 109; Deichfuß S. 151 ff; Frank S. 93; kritisch Ernst S. 192 ff.

<sup>271</sup> V. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 75; ähnlich Benda/Mainhofer/Vogel/v. Münch Rdn. 28, wonach ein Anfechtungsrecht auch möglich wäre, wenn die Mutter das Kind vernachlässige oder zu dessen Betreuung weder geeignet noch imstande ist.

<sup>272</sup> MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 10; Helms S. 109; Wanitzek FPR 02, 390 (394).

<sup>273</sup> Helms S. 109.

<sup>274</sup> So Schwenzer S. 248; dies. FamRZ 85, 1 (8 f); Blech S. 176; Palandt/Diederichsen (62. A.) § 1600 Rdn. 5; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 11; Wanitzek FPR 02, 390 (394); Henrich S. 197; Helms S. 110; Müller S. 148, Fleisch S. 115; i.E. wohl auch Zens/Salgo S. 88, - kritisch Beitzke S. 52; dazu Schwenzer S. 248 FbN. 120; kritisch auch Deichfuß S. 152 f; Frank S. 92; Ernst S. 191; so auch im Hinblick auf Art. 8 EMRK, zwar kritisch aber hinnehmbar, Fahrenhorst S. 360.

<sup>275</sup> MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 11.

<sup>276</sup> Böhm ZRP 92 334 (336); im Ansatz auch Schwenzer, Gutachten zum DJT, A 37; vgl. auch Coester JZ 92, 809 (811); - a.A. Ernst S. 188; - noch weitergehender Ebeling/Zimmermann DEuFamR 99, 25 (34) wonach das Anfechtungsrecht von einer umfassenden Güterabwägung zwischen Elternrecht und Integritätsinteresse der Familie abhängen soll.

Überspannt schien und scheint aber die Forderung einer nahezu unbegrenzten Anfechtungsmöglichkeit<sup>277</sup>.

Teilweise wurden allerdings auch Einschränkungen für erforderlich gehalten. Vielfach sollte die Anfechtung zusätzlich davon abhängig gemacht werden, dass der biologische Vater zugleich seine Vaterschaft feststellen lässt und sich daher zur Verantwortungsübernahme bereit erklärt<sup>278</sup>. Darüber hinaus wurde erwogen, das Anfechtungsrecht unter den Vorbehalt der Kindeswohldienlichkeit zu stellen<sup>279</sup>.

### **b) Rechtsprechung des BVerfG '03**

Diese Kritik hat das BVerfG aufgegriffen und im Jahr 2003 den absoluten Ausschluss des biologischen Vaters von der rechtlichen Feststellung seiner Vaterschaft als nicht mit Art. 6 II (1) GG vereinbar angesehen<sup>280</sup>.

Nach dem Leitsatz der Entscheidung ist dem von Art. 6 II (1) GG geschützten genetischen Vater grundsätzlich verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen (vgl. bereits **B.I.2.a**). Dieses Recht geht jedoch nach Ansicht des Gerichts nicht soweit, als er in jedem Fall vorrangig vor dem rechtlichen Vater zu behandeln ist. Ihm ist die Möglichkeit zur Erlangung der Vaterstellung nur einzuräumen, soweit dadurch eine geschützte familiäre Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht beeinträchtigt wird.

#### **aa) Festlegung des Ausgangspunkts**

Wie das BVerfG feststellt - und dem die hier vertretene Ansicht folgt - ist die Zuordnung der rechtlichen Vaterschaft nach § 1592 BGB nicht zu beanstanden (s.o. **C.I**).

Das hat zur Folge, dass im Einzelfall die rechtliche und die genetische Vaterschaft auseinanderfallen kann. Dies führt dazu, dass das Kind gegebenenfalls zwei Väter hat, die sich auf den Schutz des Art. 6 II (1) GG berufen können. Auch der rechtliche Vater, der tatsächliche Elternverantwortung wahrnimmt, ist Träger des Elternrechts aus Art. 6 II (1) GG. Im Interesse des Kindes bedarf es allerdings einer klaren Zuordnung der Elternschaft. Das Gericht kommt daher zu der Schlussfolgerung, dass ein Kind nur einen Vater im Rechtssinne haben kann, da ein *gleichwertiges* Nebeneinander von zwei Vätern nicht der Vorstellung der elterlichen Verantwortung im Sinne des Art. 6 II (1) GG entspricht. Art. 6 II (1) GG selbst gibt keine starre Regelung vor, welchem der beiden Väter der Vorrang einzuräumen ist. Diese Entscheidung darüber obliegt dem Gesetzgeber, wobei dieser verpflichtet ist, beide Interessenseiten zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen.

#### **bb) Überprüfung der ursprünglichen Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers**

Die ursprüngliche Umsetzung durch das Familienrecht (§ 1600 BGB a.F.) wird nicht beanstandet, wonach ein Vorrang des rechtlichen Vaters besteht, soweit dies wegen des Erhalts eines bestehenden sozialen Familienverbands notwendig ist. Diese Wertentscheidung geht auf eine Interessenabwägung zurück, in der die Interessen des biologischen Vaters, der rechtlichen Eltern und der des Kindes gegeneinander abgewogen werden.

---

<sup>277</sup> So zu verstehen Staudinger/Rauscher (2000) § 1600 Rdn. 25 ff, insb. Rdn. 30 ff.

<sup>278</sup> Beizke S. 51; zustimmend Schwenzer S. 248 FfBn. 119; Blech S. 176; Schumann FamRZ 00, 389 (391); dies. S. 280; MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 11; Mutschler FamRZ 94, 65 (69); Wanitzek FPR 02, 390 (394); Müller S. 147.

<sup>279</sup> MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 11; Helms FamRZ 97, 913 (918); - a.A. Staudinger/Rauscher (2000) § 1600 Rdn. 27, wonach vielmehr nur eine Kindeswohlschädlichkeit die Anfechtung versagen könne.

<sup>280</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (816 ff); dazu Huber FamRZ 03, 825 (825 f); Rakete-Dombek FPR 03, 478 (478 f); Wellenhofer-Klein FamRZ 03, 1889 (1889 ff); Roth NJW 03, 3153 (3153 ff); Machulla ZFE 03, 196 (196 ff).



Primäres Kriterium ist danach der Schutz der sozialen Familie. Das Aufwachsen eines Kindes in einer festen sozialen Familie dient dem Kindeswohl. Dieses wird beeinträchtigt, wenn dieser Familienverband gestört und gegebenenfalls sogar aufgelöst wird.

Nach Ansicht des BVerfG sind des Weiteren folgende Interessen in der Abwägung zu berücksichtigen:

- Das Interesse der Mutter geht dahin, den Familienverbund zu erhalten. Der rechtliche Vater des Kindes, mit dem sie zusammenlebt und der elterliche Verantwortung ausübt, soll weiterhin integriert sein und seiner Elternrolle weiterhin nachkommen. Soweit jedoch keine Beziehung mehr zu dem rechtlichen Vater existiert, stellt sich die Situation anders dar. Da insoweit keine schützenswerten Belange mehr bestehen, geht das Interesse der Mutter allenfalls dahin, das Elternrecht nicht mit dem biologischen Vater zu teilen. Gerade dieses Interesse ist aber nicht von Art. 6 II GG geschützt, da die Elternstellung nicht vom Willen des anderen Elternteils abhängen kann.
- Der rechtliche Vater hat grundsätzlich den Wunsch, seiner bisher ausgeübten Elternverantwortung weiter nachzukommen. Soweit er allerdings in keiner sozialen Beziehung zu dem Kind (mehr) steht und die Vaterschaft auf eine „Zahlvaterschaft“ verkürzt ist, können schützenswerte Interessen des rechtlichen Vaters nicht angenommen werden.
- Das Kind hat dagegen ein Interesse daran, seinen bisherigen rechtlichen Vater nicht zu verlieren, da nicht sicher ist, ob der biologische Vater willens und in der Lage ist, Elternverantwortung zu übernehmen. Zudem besteht die Gefahr, dass der bestehende Familienverband zerbricht und dem Kind dadurch soziale Sicherheit genommen wird. Soweit dies jedoch bereits eingetreten ist, wird dieser Abwägungsgesichtspunkt entbehrlich.
- Dagegen besteht nach Ansicht des Gerichts für diese Abwägung kein schützenswertes Interesse des Kindes daran, dass der biologische Vater die rechtliche Vaterstellung erlangt. Dieses Interesse des Kindes wird durch sein eigenes Anfechtungsrecht geschützt und kann sich nicht auf die hier auszuübende Abwägungsentscheidung auswirken.
- Der Abwägung gegenüber steht das Interesse des biologischen Vaters an der Erlangung der rechtlichen Vaterstellung.

#### ***aaa) Abwägungsentscheidung bei Bestand einer sozialen Familie***

Das BVerfG kommt unter Abwägung dieser Kriterien zu dem Ergebnis, dass die rechtliche Neuordnung der Vaterschaft abzulehnen ist, soweit dadurch in einen bestehenden Familienverband eingegriffen wird. Dem Kind wird durch die Anfechtung keine neue Familie in Aussicht gestellt, da die Kindesmutter sich zu diesem Zeitpunkt bereits für einen anderen Mann entschieden hat. Vielmehr wird diese bestehende Familie zwischen Kind, Mutter und dem rechtlichen Vater durch die Zulassung der Anfechtung beeinträchtigt. Dadurch können für das Kind Konflikte entstehen und die Orientierung erschwert werden. Dies führt zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohls.

Folglich steht für das Gericht als Ergebnis fest, dass beim Vorliegen eines sozialen Familienverbandes das Anfechtungsrecht verfassungskonform ausgeschlossen ist.

#### ***bbb) Abwägungsentscheidung bei fehlendem Bestand einer sozialen Familie***

Anders sieht die Rechtslage allerdings aus, wenn die rechtlichen Eltern mit dem Kind gar keine soziale Familie bilden<sup>281</sup>. In diesem Fall ändert sich die vorgenommene Abwägung dahingehend, dass weder die Mutter noch das Kind vorbringen können, dass die soziale Zuordnung zu dem rechtlich Vater schützenswert sei. Auch ein Interesse des rechtlichen

---

<sup>281</sup> Nicht nachvollziehbar ist insoweit Niepmann MDR 03, 845 (846), die nach der Entscheidung des BVerfG davon ausgeht, dass das Fehlen einer sozial-familiären Beziehung „wohl nur bei einer Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2 BGB“ möglich ist; missverständlich insoweit auch Roth, der die Entscheidung dergestalt versteht, dass das Gericht eine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB als nicht anfechtbar ansieht und dies daher kritisiert.

Vaters am Erhalt der rechtlichen Zuordnung besteht nicht, da er die Elterntverantwortung bewusst nicht wahrnimmt. Insofern existiert keine soziale Beziehung, welche die Zulassung der Anfechtung ausschließen könnte. Dass die Mutter möglicherweise ein Interesse daran hat, das Elternrecht nicht mit dem genetischen Vater zu teilen, ist durch Art. 6 II GG nicht geschützt. Dieses Ergebnis kann auch dem Interesse des Kindes entsprechen, da ihm dadurch die Möglichkeit gegeben wird, mit seinem biologischen Vater eine Beziehung aufzubauen. Dem biologischen Vater, der durch die Anfechtung bereits zum Ausdruck bringt, dass er Elternverantwortung übernehmen will, dennoch auszuschließen, ist daher nicht gerechtfertigt.

Entsprechend dieser Vorgaben hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgetragen, die damalige Rechtslage zu ändern.

### **c) Gesetzliche Umsetzung § 1600 BGB n. F. '04**

Diesen Anforderungen versuchte der Gesetzgeber mittels einer Gesetzesänderung nachzukommen<sup>282</sup>. Ausweislich der Gesetzesbegründung dient dieses Gesetz insbesondere der Stärkung der Rechtsposition des genetischen Vaters<sup>283</sup>.

Nach den in Kraft getretenen Änderungen hat der biologische Vater, entgegen der Gesetzeslage in den vielen anderen Ländern<sup>284</sup>, ein eingeschränktes Anfechtungsrecht erlangt.

Gemäß § 1600 I Nr. 2 BGB ist der Mann, der an Eides statt versichert, der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beigewohnt zu haben, anfechtungsberechtigt.

Dieses Anfechtungsrecht wird jedoch gemäß § 1600 II BGB dahingehend wieder eingeschränkt, als vorausgesetzt wird, dass zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt seines Todes bestanden hat.

Begründetheitsvoraussetzung ist ferner die leibliche (genetische) Vaterschaft des Anfechtenden.

### **aa) Grundüberlegungen des Gesetzgebers**

Durch diese Umsetzung wollte der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Vorgaben nachkommen und im Wesentlichen folgende Gesichtspunkte verwirklichen:

Die Versicherung an Eides statt soll anstelle der zunächst vorgeschlagenen Glaubhaftmachung treten und damit einen Streit der Parteien vermeiden, ob dafür ausreichend nachvollziehbare Tatsachen dargelegt sind<sup>285</sup>. Die Versicherung betrifft die Beiwohnung der Mutter „in der Empfängniszeit“, wodurch der Ausschluss von Anfechtungen „ins Blaue hinein“ erreicht werden soll<sup>286</sup>. Nach anfänglicher Diskussion, die in der Literatur noch

---

<sup>282</sup> Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes (...), BT-Drucks 15/2253; vgl. dazu Will FPR 05, 172 (175 ff); Seidel FPR 05, 181 (183 f); Eckebrecht FPR 05, 205 (206 ff); Höfelmann FamRZ 04, 745 (745 ff); Müller FamRB 04, 206 (206 f); Pieper FuR 04, 385 (385 ff); Ehrhardt-Rauch JAmt 04, 175 (176 f); Wieser FamRZ 04, 1773 (1773 ff); DIJuF JAmt 03, 470 (470).

<sup>283</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 1; 15/2492 S. 1.

<sup>284</sup> Vgl. dazu je m.w.N. Frank FamRZ 04, 841 (842) und Helms FamRZ 97, 913 (913 ff), wonach das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters in anderen Rechtsordnungen vielfach unbekannt ist.

<sup>285</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 10, 14 f, 20; Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 3; - a.A. NDV 03, 413 (413).

<sup>286</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 10, 14, 20; Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 3; Höfelmann FamRZ 04, 745 (749); ebenso AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 9 f, jedoch kritisch, da der Anfechtende nicht sicher wissen könne, wann die Empfängniszeit war und trotzdem zu einer strafbewehrten Versicherung gezwungen werde.

andauert und für Verwirrung sorgt, ist diese Anforderung als Schlüssigkeitsvoraussetzung ausgestaltet worden und wird damit letztlich als eine Frage der Begründetheit behandelt<sup>287</sup>.

Da der Gesetzgeber auf das Kriterium des Nichtbestehens einer sozial-familiären Beziehung zum rechtlichen Vater abgestellt hat, wurde auf einen absoluten Schutz der Ehe verzichtet<sup>288</sup>. Damit ist beabsichtigt, das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters nicht auch dann auszuschließen, wenn die Ehegatten getrennt leben oder es sich um eine Scheinehe handelt<sup>289</sup>. Ferner wird damit der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung getragen<sup>290</sup>. Mittels dieses negativen Tatbestandsmerkmals wird die Beweislast derart ausgestaltet, dass non-liquet-Situationen nicht zulasten des rechtlichen Vaters gehen<sup>291</sup>.

Wie sich aus der oben dargestellten Abwägung ergibt, soll die soziale Elternschaft geschützt werden. Der Gesetzgeber lässt demzufolge das Anfechtungsrecht im Falle des Todes des rechtlichen Vaters (bei bestehender sozial-familiärer Beziehung) nicht wiederaufleben<sup>292</sup>. Ob dies ebenso im Falle einer anderweitigen Beendigung der sozial-familiären Beziehung gelten soll, lässt sich der gesetzlichen Ausgestaltung nicht eindeutig entnehmen und ist demgemäß umstritten (dazu unter **C.II.1.e.cc.bbb.bbbb**).

Insbesondere kam er diesem Schutzgedanken insofern nach, als er den Lauf der Anfechtungsfrist nicht hemmt, solange die sozial-familiäre Beziehung besteht, § 1600 b I (2) HS. 2 BGB<sup>293</sup>. Klargestellt werden soll, dass die Frist nicht erst zu laufen beginnt, wenn durch den Wegfall der sozialen Beziehung die Anfechtungsmöglichkeit eröffnet wird. Gemäß § 1600 b I (1) BGB beträgt die Anfechtungsfrist dabei zwei Jahre. Diese Frist beginnt mit dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Berechtigte von Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen, § 1600 b I (2) BGB.

Damit das Kind mittels der Anfechtung nicht vaterlos wird, ist anfechtungsberechtigt nur, wer leiblicher (genetischer) Vater des Kindes ist. Nach § 640 h II ZPO wird dieser bei erfolgreicher Anfechtung als rechtlicher Vater festgesetzt<sup>294</sup>.

Hinsichtlich der Prüfungsreihenfolge kommt nach der gesetzlichen Ausgestaltung keinem der tatbestandlichen Anforderungen ein Vorrang zu. Gleichwohl wird sich empfehlen, das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung vorweg zu prüfen<sup>295</sup>. Soweit der Anfechtung eine

---

<sup>287</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 10, 14 f, 20; BT-Drucks 15/2492 S. 9, mit Ablehnung des anderweitigen Vorschlags des Bundesrates, der dies insoweit als Zulässigkeitsvoraussetzung einordnen wollte, BT-Drucks 14/2253 S. 14; Höfelmann FamRZ 04, 745 (749); Weinreich/Klein § 1600 Rdn. 3; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 9 f; Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 3; Schlüter Rdn. 293; - a.A. Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 36; Wieser FamRZ 04, 1773 (1774).

<sup>288</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 11; Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 7; Höfelmann FamRZ 04, 745 (749).

<sup>289</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 11; Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 7; Höfelmann FamRZ 04, 745 (749).

<sup>290</sup> Höfelmann FamRZ 04, 745 (749).

<sup>291</sup> Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 7; Höfelmann FamRZ 04, 745 (749); Will FPR 05, 172 (176).

<sup>292</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 11; Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 7.

<sup>293</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 15; Palandt/Diederichsen § 1600 b Rdn. 5; Höfelmann FamRZ 04, 745 (749) - anders war dagegen der Vorschlag von Wellenhofer-Klein FamRZ 03, 1889 (1893), wonach die Anfechtungsfrist erst zu laufen beginnen sollte, wenn die Voraussetzungen der Anfechtung, letztlich also das Fehlen einer sozial-familiären Beziehung, vorliegen.

<sup>294</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 9, 10, 11, 12; Höfelmann FamRZ 04, 745 (749); nach Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 17 wäre wegen des Zuordnungswechsels als systematischer Standort ein § 1599 III BGB vorzuziehen gewesen; verfahrensrechtlich problematisch ist, ob bei fehlender genetischer Vaterschaft die Klage als unzulässig oder unbegründet abzuweisen ist; für ersteres Seidel FPR 05, 181 (184); Wiesner FamRZ 04, 1773 (1774); - a.A. Eckbrecht FPR 05, 205 (208); Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 17, 37, 39, mit Hinweis auf ein Rechtskraftproblem.

<sup>295</sup> Vgl. Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 47, der insoweit von keinem verbindlichen Rangverhältnis ausgeht, aber dennoch ein derartiges Vorgehen für empfehlenswert hält.

solche entgegensteht, ist die Abstammungsbegutachtung zu unterlassen, da ansonsten in die zu schützende soziale Familie, mittels Nachweis fehlender genetischer Verbundenheit, eine massive Störung hineingetragen werden kann. Nach nicht unbestrittener Ansicht handelt es sich dabei aber nicht um eine Zulässigkeits-, sondern um eine Begründetheitsvoraussetzung<sup>296</sup>.

## **bb) Erfordernis der sozial-familiären Beziehung**

Entscheidendes Kriterium des neuen Anfechtungsrechts ist demzufolge das Tatbestandsmerkmal der sozial-familiären Beziehung.

Gemäß § 1600 II BGB wird gefordert, dass zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt seines Todes bestanden hat<sup>297</sup>.

### **aaa) Gesetzliche Vorgaben**

Das Tatbestandsmerkmal der sozial-familiären Beziehung wird in § 1600 III (1) BGB legaldefiniert. Danach ist von einer solchen Beziehung auszugehen, wenn der rechtliche Vater für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder im Zeitpunkt seines Todes getragen hat. Eine tatsächliche Übernahme der Verantwortung liegt gemäß dem Regelbeispiel des § 1600 III (2) BGB grundsätzlich dann vor, wenn der rechtliche Vater mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat.

### **bbb) Auslegung der gesetzlichen Vorgaben**

Hinsichtlich der diesbezüglichen Auslegung wird zunächst vorgetragen, dass die Übernahme tatsächlicher Verantwortung nicht allein auf rechtliche und wirtschaftliche Komponenten zu reduzieren ist, sondern auch psychologisch-emotionale Aspekte berücksichtigt werden sollen<sup>298</sup>.

Ferner ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft“ noch nicht abschließend geklärt. Insbesondere stellt sich die Frage, was unter einer längeren Zeit zu verstehen ist. Der Gesetzgeber hat diesen Begriff bewusst nicht mit einer konkreten temporären Angabe verbunden, sondern die Auslegung der Rechtsprechung überlassen<sup>299</sup>. Er weist dabei ausdrücklich auf die Auslegung des Begriffs in den §§ 1630 III, 1632 IV, 1682, 1685 II BGB hin. Demgemäß ist der Zeitbegriff nicht absolut zu verstehen, sondern richtet sich an kinderpsychologischen Gesichtspunkten aus und bestimmt sich nach dem kindlichen Zeitverständnis<sup>300</sup>. Folglich ist darauf abzustellen, ob das Kind einen Bezug zu der betreffenden Person gefunden hat. Dies ist mitunter auch entscheidend vom Alter des Kindes abhängig<sup>301</sup>.

<sup>296</sup> Offen BT-Drucks 15/2253, wo dies nicht explizit angesprochen wird, kraft Kontext aber davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber darin ein Begründetheitserfordernis sieht. Dafür spricht auch, dass die eidesstattliche Versicherung der Beiwohnung vom Gesetzgeber als Schlüssigkeitsvoraussetzung (als materielles Erfordernis) ausgestaltet wurde (so die h.M. s.o.) und dies demnach erst recht für das Tatbestandsmerkmal der sozial-familiären Beziehung zu gelten habe; für ein Begründetheitsmerkmal auch: Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 40; für eine Prozessvoraussetzung (jedoch ohne Begründung): Wieser FamRZ 04, 1773 (1774).

<sup>297</sup> Ähnlich die Regelungen in Frankreich, die auf die gelebte Vater-Kind-Beziehung abstellen und eine Vaterschaftsabänderung bei Fehlen dieser possession d'état ermöglichen. Wirksamkeitsvoraussetzung der possession d'état ist dessen Kontinuität, sodass bei deren Wegfall eine Abänderung möglich ist, vgl. Helms S. 27 ff, 87 ff über die rechtliche Konstruktion und S. 90 ff über die possession d'état, sowie S. 96 ff; vgl. dazu Klinkhardt DAVorm 00, 817 (819).

<sup>298</sup> DIJuF JAmt 03, 470 (470), mit Kritik an dem undifferenzierten und missverständlichen Wortlaut der Norm.

<sup>299</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 11.

<sup>300</sup> Will ZPR 05, 172 (176); Motzer FamRB 04, 231 (232); Luthin FamRZ 05, 706 (706); Palandt/Diederichsen § 1632 Rdn. 13; Staudinger/Rauscher § 1685 Rdn. 10; Weinreich/Klein § 1685 Rdn. 3; DIJuF JAmt 03, 470 (470).

<sup>301</sup> Bamberger/Roth/Veit § 1632 Rdn. 22 m.w.N.; AnwK/Peschel-Gutzeit § 1685 Rdn. 14.

Teilweise wird dabei auf die gesetzliche Wertung hinsichtlich des Anfechtungsrechts der Mutter hingewiesen und eine zweijährige Regelfrist empfohlen, da davon auszugehen sei, dass in diesem Zeitraum ein Kind noch keine nähere Beziehung entwickelt<sup>302</sup>.

Hinsichtlich des identischen Tatbestandsmerkmals in § 1685 II (2) BGB ist von der Rechtsprechung inzwischen ein einjähriges Zusammenwohnen mit Übernahme der Verantwortung als ausreichend angesehen worden<sup>303</sup>. Von der Literatur wird teilweise eine Richtschnur von sechs Monaten befürwortet<sup>304</sup>. Eine vermittelnde Ansicht will demgegenüber bei einem Kind im Vorschulalter mehrere Monate genügen lassen und bei einem Jugendlichen mindest ein Jahr fordern<sup>305</sup>. Eine rein sporadische Beziehung, mit lediglich sporadischen Kontakten zu dem Kind, wurde im Rahmen des § 1685 II (2) BGB dagegen nicht als hinreichend anerkannt<sup>306</sup>.

Unter Berücksichtigung der jeweiligen Situation des Einzelfalls und der damit verbundenen eigene Würdigung, kann dieser Maßstab auf § 1600 III (2) BGB übertragen werden.

### **cc) Ergebnis**

Letztendlich ist der Gesetzgeber den Vorgaben des BVerfG nachgekommen und hat ein Anfechtungsrecht des biologischen Vaters entsprechend den Maßgaben des Urteils umgesetzt. Eine grundsätzliche Umgestaltung der Regeln des Abstammungsrechts ist damit aber nicht verbunden worden.

### **dd) Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung bei einer heterologen Insemination**

Im Anschluss daran wurde die Frage aufgeworfen, ob das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters bei einer heterologen Insemination begrenzt werden muss.

Wie bereits angesprochen, hat sich der Gesetzgeber gemäß § 1600 IV BGB für den Ausschluss der Anfechtungsrechte der Mutter und des Mannes, welche in eine heterologe Insemination eingewilligt haben, ausgesprochen<sup>307</sup>. Mit dieser Entscheidung ist er Forderungen der Literatur nachgekommen und hat sich bewusst von der vorhergehenden Rechtsprechung des BGH abgewandt<sup>308</sup>.

---

<sup>302</sup> Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 46; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 14; so der Gedanke zum zweijährigen Anfechtungsrecht der Mutter in BT-Drucks 13/4899 S. 148, 166; BT-Drucks 13/8511 S. 83.

<sup>303</sup> BGH FamRZ 05, 705 (705); vgl. dazu Stockmann jurisPR-14/2005 v. 12. Juli 2005.

<sup>304</sup> Luthin FamRZ 05, 706 (706); AnwK/Peschel-Gutzeit § 1685 Rdn. 14; vgl. dazu Eckebrecht FPR 05, 205 (209) der jedoch letztlich auf die Prüfung des Einzelfalls verweist.

<sup>305</sup> Motzer FamRB 04, 231 (232).

<sup>306</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 04, 290 (290), wonach neun vereinzelte Kontakte in ca. drei Monaten zu wenig sind; bestätigt durch BVerfG FamRZ 04, 1705 (1705 f); nach OLG Celle, OLG-Report 05, 237 (237) reicht auch ein zweimonatiges Zusammenleben nicht aus; vgl. auch AG Potsdam FamRZ 03, 1995 (1995); OLG Celle FamRZ 05, 78 (78 f); zustimmend Eckebrecht FPR 05, 205 (208).

<sup>307</sup> BT-Drucks 14/2096 S. 6 f; vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 52, 148; ebenso der Vorschlag in BT-Drucks 12/4024 S. 4; BT-Drucks 13/1752 S. 4; vgl. m.w.N. Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 9; Knittel FF 03, 14 (17).

<sup>308</sup> In Abkehr der vorherigen BGH-Rechtsprechung, BGH FamRZ 83, 686 (686 ff); BGH FamRZ 95, 861 (861 ff); je m.w.N.; vgl. auch Roth FamRZ 96, 769 (769 ff); Schwenger, Gutachten zum DJT, A 30 ff; anders auch Coester JZ 92, 809 (812) der jedoch für eine „präinatale Adoption“ insoweit eintritt, da somit die biologische Vaterschaft daneben festgestellt werden könnte; zu Forderungen in der Literatur: Zimmermann DNotZ 98, 404 (414 f); Helms S. 123; Wolf FuR 98, 392 (392 ff); Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (408); zur gesetzlichen Lage kritisch: Seidel FPR 02, 402 (404); Beitzke S. 35; Müller S. 150 f; - zur künstlichen Fortpflanzung umfassend Ebeling/Zimmermann DEuFamR 99, 25 (25 ff); Quantius FamRZ 98, 1145 (1145 ff, insb. 1148); Deutsch NJW 86, 1971 (1971 ff); Coester-Waltjen, Gutachten zum DJT, B 1 ff.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde daraufhin diskutiert, ob *insoweit* auch ein absoluter Ausschluss des Anfechtungsrechts des *biologischen* Vaters (als Samenspender) angeordnet werden sollte. Zu einer derartigen Umsetzung ist es letztlich aber nicht gekommen<sup>309</sup>.

Gegen einen als wünschenswert bezeichneten absoluten Ausschluss wurden verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Eine Notwendigkeit besteht nach Ansicht des Gesetzgebers ohnehin nicht, da die Anfechtung faktisch ausgeschlossen sei, da im Regelfall eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem mittels künstlicher Befruchtung gezeugten Kind vorliegen werde<sup>310</sup>.

Diese Rechtsauffassung lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht eindeutig entnehmen. Der Rechtsausschuss in dieser Sache schließt sich, in Übereinstimmung mit weiten Teilen der Literatur, der gesetzgeberischen Begründung daher nicht an und verneint *generell* das Anfechtungsrecht des Samenspenders, da die tatbestandliche Voraussetzung der *Beiwohnung* nicht stattgefunden habe<sup>311</sup>. Unabhängig, ob der Samenspender in den Schutzbereich des Art. 6 II GG fällt, wird in der Teilnahme an der Samenspende auch ein konkludenter Verzicht auf das Anfechtungsrecht gesehen<sup>312</sup>.

Einer derartigen Argumentation über die fehlende Beiwohnung kann, ungeachtet ihrer wörtlichen Überzeugungskraft und gesellschaftlichen und politischen Forderungen, nicht zugestimmt werden. Dadurch würde man die gesetzgeberischen Vorgaben bewusst missachten. Darüber hinaus wäre im Folgeschluss daraus die Problematik heraufbeschworen, dass bei einer einvernehmlichen künstlichen Befruchtung sich der biologische Vater (Samenspender) niemals auf ein Anfechtungsrecht berufen könne. Ausgeschlossen wäre beispielsweise auch das Anfechtungsrecht eines Mannes, der langfristig mit einer anderweitig verheirateten, vom Ehemann getrennt lebenden, Frau zusammenlebt und mit ihr einvernehmlich eine gemeinsame künstliche Befruchtung durchführt<sup>313</sup>. Kraft § 1592 Nr. 1 BGB wäre in diesem Fall der Ehemann als rechtlicher Vater des Kindes anzusehen und der Lebenspartner der Frau, der ohne Beischlaf mittels künstlicher Befruchtung der Erzeuger des Kindes wurde, wäre nicht anfechtungsberechtigt. Dies ist aber weder beabsichtigt noch gerechtfertigt.

Somit ist ein absoluter Ausschluss abzulehnen und der gesetzgeberischen Ansicht zu folgen. Diese kommt regelmäßig zum selben Ergebnis und kann darüber hinaus die nötige Flexibilität gewährleisten.

#### **d) Vergleich der Ausgangslage bei anderen Anfechtungsberechtigten**

Das neu eingeführte Anfechtungsrecht des biologischen Vaters steht dementsprechend grundsätzlich neben dem Anfechtungsrecht der nach § 1600 I BGB ursprünglich<sup>314</sup> anfechtungsberechtigten Personen. Um die Ausgestaltung des Anfechtungsrechts des

<sup>309</sup> Vgl. dazu BT-Drucks 15/2253 S. 15, 20; ebenso BT-Drucks 15/2492 S. 9.

<sup>310</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 20; diese Annahme ist allerdings wenig überzeugend und der Gesetzgeber belegt nicht, worauf diese sich stützt; verfassungsrechtliche Bedenken bei AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 21.

<sup>311</sup> Rechtssausschuss in BT-Drucks 15/2492 S. 9; ebenso Weinreich/Klein § 1600 Rdn. 3; Pieper FuR 04, 385 (386); Höfelmann FamRZ 04, 745 (749); Eckbrecht FPR 05, 205 (208); Will FPR 05, 172 (175); der Argumentation zustimmend, aber das Ergebnis kritisierend AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 21.

<sup>312</sup> Rechtssausschuss in BT-Drucks 15/2492 S. 9; - a.A. Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 9; AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 21; a.A. ebenso aus dem Umkehrschluss aus BT-Drucks 15/2253 S. 20.

<sup>313</sup> § 1600 IV BGB greift insoweit weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck der Norm ein, da es dort um die Anfechtung durch den rechtlichen Vater und nicht um die durch den biologischen Vater geht.

<sup>314</sup> Vgl. dazu Gaul FamRZ 97, 1441 (1456 ff), insb. zu den Änderungen der Anfechtungsberechtigten durch die Kindschaftsrechtsreform (BT-Drucks 13/4899) und dabei speziell die Einführung des Anfechtungsrechts der Mutter; vgl. zur Kritik am Gesetzeswortlaut Bentert FamRZ 99, 1386 (1387).

biologischen Vaters angemessen beurteilen zu können, ist die Betrachtung der bestehenden Anfechtungsrechte zunächst hilfreich.

Auffallend ist dabei, dass sowohl das Anfechtungsrecht des Kindes als auch das der Mutter und des rechtlichen Vaters materiell-rechtlich nicht eingeschränkt ist. Eine Begrenzung dieser Anfechtungsrechte auf das Kindeswohl und die soziale Familie ist - in unterschiedlichem Maße - jeweils diskutiert, aber letztlich abgelehnt worden.

### **aa) Anfechtungsrecht des rechtlichen Vaters**

Nahezu einhellig ist ein Recht zur Vaterschaftsanfechtung stets für den rechtlichen Vater angesehen worden, da es ihm uneingeschränkt freistehen muss, sich von der Rechtsbeziehung zu einem Kind, das nicht sein eigenes ist, lösen zu können<sup>315</sup>.

### **bb) Anfechtungsrecht der Mutter**

Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung des Anfechtungsrechts der Mutter war eine Begrenzung bis zuletzt umstritten<sup>316</sup>. Nach vielfacher Auffassung sollte das Anfechtungsrecht durch das Kindeswohl eingeschränkt<sup>317</sup> beziehungsweise ausgeschlossen<sup>318</sup> werden, falls dadurch eine gelebte Vater-Kind-Beziehung zerstört würde.

Dem ist der Gesetzgeber nicht gefolgt und gewährt das Anfechtungsrecht uneingeschränkt, da die Mutter, kraft Kenntnis der Zeugung, regelmäßig nur innerhalb der ersten zwei Lebensjahre des Kindes die Vaterschaft anfechten könne (§ 1600 b BGB). In diesem Zeitraum sei jedoch anzunehmen, dass sich eine persönliche Bindung des Kindes zum Scheinvater noch nicht entwickelt haben wird und somit einer Anfechtung nicht entgegenstehe<sup>319</sup>. In der Literatur wird dies allerdings weiterhin mit der mangelnden Kindeswohlbindung des Anfechtungsrechts kritisiert<sup>320</sup>.

### **cc) Anfechtungsrecht des Kindes**

Demgegenüber steht die Anfechtung bei einem geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Kind allein den gesetzlichen Vertretern des Kindes zu (§ 1600 a III BGB), die - mittlerweile unabhängig von bestimmten Gründen (§ 1596 Nr. 1-5 BGB a.F.)<sup>321</sup> - anfechten können, dabei aber gemäß § 1600 a IV BGB der Kindeswohlprüfung unterliegen<sup>322</sup>.

---

<sup>315</sup> M.w.N. Gaul FamRZ 97, 1441 (1457); mit Verweis auf die abweichenden Überlegungen von Oberloskamp bei der Anhörung im BT-Rechtsausschuss: Oberloskamp, Anlagen zum Protokoll der 67. Sitzung im BT-Rechtsausschuss am 4. 12. 1996.

<sup>316</sup> Vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 54 f, 86 f, 148, 166;

<sup>317</sup> Vgl. m.w.N. Gaul FamRZ 97, 1441 (1457); Zimmermann DNotZ 98, 404 (412); demgemäß sah § 1600 II RegE vor, dass die Mutter des Kindes die Vaterschaft nur anfechten kann, wenn entweder das Kind minderjährig ist und die Anfechtung dem Wohl des Kindes dient oder das Kind volljährig ist und der Anfechtung zustimmt; zustimmend Mutschler FamRZ 96, 1381 (1383); Edenfeld FuR 96, 190 (194); Helms FuR 96, 178 (185 f); Wesche RPFleger 96, 53 (55).

<sup>318</sup> Beschluss des 59. DJT, FamRZ 92, 1275 (1276).

<sup>319</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 148, 166, ebenso BT-Drucks 13/8511 S. 83 - dies kritisierend Gaul FamRZ 97, 1441 (1457 f) mit dem Argument, dass bei Mehrverkehr der Mutter mit weiteren Männern es an dieser fristauslösenden Kenntnis fehlen könne. Ferner verliere das Kind seinen rechtlich gesicherten Status und es werde ihm die Chance genommen, mit dem Scheinvater eine sozial schützenswerte Beziehung aufzubauen.

<sup>320</sup> Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (408); Coester-Waltjen Jura 98, 436 (438); Diederichsen NJW 98, 1977 (1980) FfBn. 37; Frank StAZ 03, 129 (130); vgl. dazu auch Edenfeld FuR 96, 190 (194); Gaul FamRZ 97, 1441 (1445); Mutschler FamRZ 96, 1381 (1383); Zimmermann DNotZ 98, 404 (412 f); Edenfeld FuR 96, 190 (194); Wesche RPFleger 96, 53 (55); i.E. ebenso Helms FuR 96, 178 (185 f).

<sup>321</sup> Im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform (BT-Drucks 13/4899) wurden die Kataloggründe des § 1596 Nr. 1-5 BGB a.F. - als Reaktion auf das durch das BVerfG (FamRZ 89, 255 (255 ff)) festgestellte Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung - abgeschafft, BT-Drucks 13/4899 S. 56; dabei ist aber weit über die Vorgaben des BVerfG hinausgegangen worden, welches insoweit das Recht nur gewährte, als der Schutz der Ehe und Familie in einer durchzuführenden Abwägungsentscheidung nicht schützenswerter erscheint; kritisch

Das selbständige Anfechtungsrecht des volljährigen Kindes unterfällt dagegen keiner Beschränkung mehr<sup>323</sup>. Die Gefährdung der Ehe der Mutter und des Familienfriedens findet demzufolge nach geltender Rechtslage keine Beachtung<sup>324</sup>.

## dd) Ergebnis

Somit lässt sich zusammenfassend feststellen, dass das Anfechtungsrecht der übrigen Anfechtungsberechtigten, entgegen vielfacher Kritik, weitgehend keiner Beschränkung hinsichtlich des Schutzes sozialer Beziehungen unterliegt. Allein beim Anfechtungsrecht des geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Kindes besteht eine gewisse Einschränkung, wobei diese vielfach wirkungslos bleibt, da den gesetzlichen Vertretern regelmäßig ein eigenständiges, unbeschränktes, Anfechtungsrecht (als Elternteil) zusteht<sup>325</sup>.

Soweit der Scheinvater oder die Mutter die Anfechtung betreiben, nehmen sie bewusst Abstand von der Familie, infolgedessen eine Beschränkung nicht nötig erscheint. Einschränkung verbleibt es bei der Notwendigkeit der Fristeneinhaltung. Folglich wird gemäß § 1600 b BGB nach Ablauf von zwei Jahren nach der Geburt eine Anfechtung oftmals ausgeschlossen sein. Relevant ist dies insbesondere bei der Anfechtung durch die Mutter, da sie in eine Beziehung Dritter (Scheinvater und Kind) gegen deren Willen eingreifen und eine soziale Bindung damit zerstören kann.

Soweit dagegen die Anfechtung durch das (gesetzlich vertretene) Kind erfolgen soll, ist bei dessen Minderjährigkeit oder Geschäftsunfähigkeit das Kindeswohl zu berücksichtigen, sodass die soziale Beziehung der Eltern untereinander und zu dem Kind einen gewissen Schutz genießt<sup>326</sup>. Bei Volljährigkeit des anfechtenden Kindes wird der Schutz der sozialen Familie ebenfalls zurückgedrängt, da das Kindeswohl dergestalt nicht mehr begrenzend wirkt und allein die Ehe der Mutter nicht schützenswerter ist als das Kennntnisrecht des Kindes hinsichtlich seiner Abstammung.

Diese weitgehende Unbegrenztheit der Anfechtung ist auch daraus zu rechtfertigen, dass in all diesen Fällen ein Familienmitglied die soziale Situation zerstört, während bei der Anfechtung durch den biologischen Vater ein Außenstehender in eine bestehende Familie eingreift.

Diese Unterscheidung findet sich in einem aktuellen Reformansatz des Gesetzgebers wieder, wonach staatlichen Behörden das Recht eingeräumt werden soll, eine Vaterschaftsanerkennung anzufechten, wenn der Anerkennung weder eine sozial-familiäre Beziehung noch eine leibliche Vaterschaft zugrunde liegt. Begrenzt werden soll dieses Recht auf Missbrauchsfälle, in denen die Anerkennung *ausschließlich* erfolgt, um Vorteile im Staatsangehörigkeits- und Ausländerrecht zu erlangen<sup>327</sup>.

---

dazu m.w.N. Gaul FamRZ 97, 1441 (1459); Zimmermann DNotZ 98, 404 (413); Diederichsen NJW 98, 1977 (1991); Coester DEuFamR 99, 3 (6); vgl. auch Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (409).

<sup>322</sup> Kritisch m.w.N. Gaul FamRZ 97, 1441 (1458); ders. FamRZ 00, 1461 (1470), der aber übersieht, dass es diesbezüglich zu einem anderen Fristenablauf kommen kann, insb. greift nur insoweit § 1600 b V BGB.

<sup>323</sup> Vgl. FfBn. 321.

<sup>324</sup> Kritisch dazu je m.w.N. Gaul FamRZ 97, 1441 (1459); Edenfeld FuR 96, 190 (195); Frank StAZ 03, 129 (131); Quantius FamRZ 98, 1145 (1149); da das BVerfG FamRZ 89, 255 (259) ein Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung nur für Fälle ausweiten wollte, in denen eine Gefährdung der Ehe oder des Familienfriedens nicht zu erwarten war; vgl. Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (408 f); Meyer S. 132 ff; 141 ff.

<sup>325</sup> Eine Relevanz ergibt sich in Fällen, in denen das eigene Anfechtungsrecht der gesetzlichen Vertreter mittlerweile verfristet ist und diese daher im Namen des Kindes anfechten.

<sup>326</sup> So auch Gaul FamRZ 97, 1441 (1460).

<sup>327</sup> So die Rede der Bundesjustizministerin Zypries vom 03.04.06, erhältlich unter [www.bmj.de](http://www.bmj.de); fraglich erscheint allerdings, ob die Lösung dieser Problematik nicht sinnvoller im Bereich des Ausländerrechts angebracht ist und dementsprechend eine entsprechende Auswirkung im Abstammungsrecht von selbst nach sich zieht; zur ausländerrechtlichen Problematik, vgl. Dietz InfAuslR 04, 102 (103 ff); Henrich FamRZ 06, 977 (977 ff) sowie den Referentenentwurf in FamRZ 06, 990 (990 ff).



### **e) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung / Kritik**

Damit stellt sich die Frage, ob die einschränkende Regelung der Vaterschaftsanfechtung bei dem biologischen Vater nach § 1600 BGB gerechtfertigt ist und allen Interessen ausreichend Rechnung trägt.

#### **aa) Kritik am Ausgangspunkt**

Gegen den gesetzgeberischen Ansatz wird vereinzelt eingewandt, dass dieser in seinem Ausgangspunkt bereits verfehlt sei<sup>328</sup>. Entgegen der Wertung des BVerfG (und des Gesetzgebers) sei nicht die Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater rechtfertigungsbedürftig, sondern entgegengesetzt die Tatsache, dass der biologische Vater die rechtliche Vaterstellung nicht erlangen können soll. Dieser Ansatz geht jedoch darauf zurück, dass - entgegen der hier vertretenen Ansicht und der des BVerfG - die *biologische* Elternschaft insoweit *vorrangig* von Art. 6 II GG geschützt angesehen wird und die rechtliche, nicht genetische Elternschaft demnach rechtsgrundsätzlich stets der biologischen Elternschaft weichen müsse.

Wie oben dargestellt, ist dieser Kritik nicht derart nachzukommen. Das Grundgesetz selbst gibt keinen Vor- oder Nachrang der jeweiligen Position vor (s.o. **C.II.1.b**). Ebenso ist der einfach gesetzlichen Ausgestaltung der Festlegung der rechtlichen Vaterschaft zuzustimmen und der nötige Ausgleich im Rahmen der Vaterschaftsanfechtung zu verwirklichen (s.o. **C.I.5**).

Inwieweit sich die Anfechtung als die Ausnahme oder die Regel darstellt, ist vielmehr eine Frage der Ausgestaltung, deren Beantwortung im Folgenden nachgegangen wird.

#### **bb) Kritik an der inhaltlichen Ausgestaltung**

Demzufolge bedarf vielmehr die inhaltliche Ausgestaltung des Anfechtungsrechts einer kritischen Untersuchung.

##### **aaa) Fehlende explizite Berücksichtigung des Kindeswohls**

Wie bereits festgestellt, hängt das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters maßgeblich davon, ob das Kind mit dem rechtlichen Vater in einer sozial-familiären Beziehung steht. Dabei bleibt zu beachten, dass das Gesetz - entgegen Stimmen in der Literatur<sup>329</sup> - das Kindeswohl gerade nicht als eigenständiges Entscheidungskriterium heranzieht.

Einen abweichenden Ansatzpunkt hat im Vorfeld der Gesetzgebung beispielsweise Wellenhofer-Klein befürwortet. Nach ihrer Vorstellung soll nicht allein auf das Fehlen einer sozial-familiären Gemeinschaft abgestellt, sondern insbesondere das Kindeswohl berücksichtigt werden<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> Roth NJW 03, 3153 (3155 f); vgl. dazu oben Fßn. 33.

<sup>329</sup> Vgl. Seidel FPR 05, 181 (184); Eckbrecht FPR 05, 205 (209); Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 16; MüKo/Wellenhofer-Klein, Ergänzungsband § 1600, Rdn. 8 c; Wellenhofer-Klein FamRZ 03, 1889 (1891); Schumann S. 279 ff; dies. FamRZ 00, 389 (391); Huber FamRZ 03, 825 (825); so zu verstehen auch Rakete-Dombek FPR 03, 478 (479); NDV 03, 413 (414).

<sup>330</sup> Wellenhofer-Klein FamRZ 03, 1889 (1891); dabei weist sie auf mögliche Konstellationen hin, in denen die Anknüpfung an eine fehlende sozial-familiäre Beziehung Schwierigkeiten bereitet. Wenig Bedenken bestehen bspw. gegen eine Anfechtung, wenn zwar eine sozial-familiäre Beziehung zwischen Kind und rechtl. Vater besteht, gleichwohl aber auch eine enge Bindung zum biologischen Vater entstanden ist und die Abstammungsverhältnisse zwischen den Beteiligten unstrittig sind. Dagegen sind auch Fälle denkbar, in denen trotz fehlender sozial-familiärer Beziehung eine Anfechtung für das Kind nachteilig sein kann. Explizit erwähnt wird dabei der mit der Anfechtung verbundene Verlust der rechtlichen Erbenstellung zum Scheinvater. Nach ihrer Ansicht sollte daher das Kindeswohl über das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters entscheiden.

Da das entscheidende Argument bei der Prüfung der Grundrechtskollision, neben dem Schutz der sozialen Familie, das Kindeswohl ist (s.o.), scheint dieser Ansatz Vorzüge zu bieten. Der größte Vorteil wäre darin zu sehen, als damit jeder Fallkonstellation Rechnung getragen werden könnte und die Einzelfallgerechtigkeit gefördert würde.

Allerdings muss sich eine solche Argumentation enthalten lassen, dass das alleinige Abstellen auf das Kindeswohl wenig Rechtsklarheit bietet und dies in Konflikt mit der Statussicherheit des Abstammungsrechts tritt. Wellenhofer-Klein will dieses Problem dadurch vermeiden, dass zwar primär auf das Kindeswohl abzustellen sei, jedoch ein Vermutungstatbestand eingeführt werden könne, wonach die Anfechtung in der Regel dem Kindeswohl diene, wenn keine sozial-familiäre Beziehung vorliegt.

Da es sich um eine nicht abschließende Vermutung handelt, besteht aber die grundsätzliche Kritik an diesem Ansatz fort. Darüber hinaus wäre mit der Unbestimmtheit des Begriffs in den meisten Fällen eine gerichtliche Klärung vonnöten, die für sich allein schon eine gesteigerte Belastung für die Familie und das Kind bedeuten würde.

Folglich scheint die Umsetzung des Gesetzgerbers mit einer klar bestimmten und abgegrenzten Regelung vorteilhafter.

### ***bbb) Überprüfung der Grundlagen der Interessenabwägung***

Fraglich ist allerdings, ob die gesetzliche Ausgestaltung allen verfassungsrechtlichen Anforderungen nachkommt oder Ergänzungen beziehungsweise Abänderungen nötig sind.

Ansatzpunkt der Überlegung ist die Kollision mehrerer Grundrechte. Da diese Grundrechtsnormen insoweit keine konkreten Schranken aufweisen, muss ein Ausgleich im Wege der praktischen Konkordanz gefunden werden. Primäre Voraussetzung dafür ist, dass alle kollidierenden Interessen ermittelt und richtig gewichtet werden.

Das Interesse der Kindesmutter und des rechtlichen Vaters an der Zuordnung des Kindes zu ihnen und der Schutz der sozialen Familie stehen dem Interesse des biologischen Vaters an der Erlangung der Vaterstellung gegenüber (s.o.).

Im Ausgangspunkt ist demzufolge der Interessenabwägung des BVerfG zu folgen (s.o.).

Fragwürdig erscheint aber die Annahme des BVerfG, dass das Interesse des Kindes an der rechtlichen Anerkennung des biologischen Vaters kein abwägungsrelevanter Gesichtspunkt ist. Das Gericht ist der Ansicht, dass dieses Interesse durch das eigene Anfechtungsrecht des Kindes ausreichend geschützt wird. Das BVerfG wirft dabei explizit die Frage auf, ob die Ausgestaltung des Anfechtungsrechts *des Kindes* dessen grundrechtlich geschützter Position ausreichend Rechnung trägt. Dies lässt das Gericht aber offen, da diese Frage vom Anfechtungsrecht des biologischen Vaters zu trennen sei.

Richtigerweise ist eine Aufspaltung aber nicht zweckdienlich, da das minderjährige Kind dieses Begehren nicht selbst durchsetzen kann und auf die Mitwirkung Dritter angewiesen ist. Verkannt wird insbesondere, dass die Entscheidung hinsichtlich des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters wesentlich vom Kindeswohl dominiert wird. Die Verlagerung dieses Gesichtspunktes auf das eigene Anfechtungsrecht des Kindes wird dem nicht gerecht. Bei einer Vielzahl von Vaterschaftsstreitigkeiten wird das Kind noch jung sein, sodass die Geltendmachung des eigenen Anfechtungsrechts des Kindes regelmäßig ausscheidet. Insbesondere werden oftmals auch die gesetzlichen Vertreter des Kindes kein Interesse an einer Anfechtung haben. Somit bedarf es vielmehr der Berücksichtigung der Kindesinteressen - dem Kindeswohl - an der Zuordnung zum biologischen Vater im Rahmen der vorliegenden Abwägung<sup>331</sup>.

---

<sup>331</sup> So auch Rixe FamRZ 03, 813 (815); Roth NJW 03, 3153 (3158).

### ***ccc) Inhaltliche Überprüfung der Interessenabwägung***

Darüber hinaus wird teilweise die Abwägungsentscheidung selbst als verfassungsrechtlich bedenklich angesehen.

#### ***aaaa) Bedeutung der Qualität der sozial-familiären Beziehung***

Nach der Ansicht von Rauscher<sup>332</sup> könne der Schutz der sozialen Familie keinesfalls soweit gehen, dass ihr Bestehen per se anfechtungsausschließend ist. Ein Anfechtungsausschluss sei nur gerechtfertigt, wenn die sozial-familiäre Beziehung eine gewisse Qualität aufweise.

Im Rahmen der Gesetzgebung hätte demzufolge das Bestehen einer sozialen Familie nur zum Anlass einer Abwägung, in der sich die Interessen anschließend gleichwertig gegenüberstehen, genommen werden sollen.

Nach geltender Gesetzeslage führt dagegen eine bestehende soziale Familie bereits *per se* zur Abweisung der Klage. Seiner Auffassung nach lässt sich mit dieser Gesetzeslage ein interessengerechtes (seiner Ansicht nach nur so verfassungskonformes) Ergebnis daher nur erzielen, wenn man die Normen dergestalt auslegt, dass man die erforderliche Abwägung schon in die Prüfung des *Vorhandenseins* einer sozial-familiären Beziehung einfließen lässt. Die biologische Vaterschaft solle dabei nur verdrängt werden, wenn die soziale Familie eine gewisse Qualität aufweist.

Gesetzlicher Ansatzpunkt für diese Argumentation ist eine restriktive Auslegung der Regelvermutungen und die Unterscheidung zwischen dem *Tragen* (§ 1600 III S. 1 BGB) und der *Übernahme* (§ 1600 III S. 2 BGB) von tatsächlicher Verantwortung. Soweit nach einer der Regelvermutungen eine *Übernahme* von Verantwortung anzunehmen sei, bedeute dies noch nicht automatisch auch ein *Tragen* der Verantwortung im Sinne der Definition der sozial-familiären Beziehung. Diese solle nur bejaht werden, wenn zugleich die Nachhaltigkeit der Verantwortungsübernahme feststehe.

Ferner lehnt er auch die Regelvermutung der Verantwortungsübernahme kraft Ehe ab, da einerseits eine „nachhaltige“ Verheiratung mit der Mutter noch keine sozial-familiäre Beziehung zum Kind indiziert und andererseits ein unterstellter Regelfall, dass trotz Ehebruchs eine ungestörte eheliche Familie fortbesteht, als nicht zwangsläufig erscheint<sup>333</sup>.

Zweckdienlicher sieht er dagegen die Regelvermutung des längeren Zusammenlebens an, da dort die Nachhaltigkeit tatbestandliche Voraussetzung ist. Klarzustellen sei jedoch, dass weder ein längeres Zusammenleben mit der Mutter noch die Absicht eines längeren Zusammenlebens mit dem Kind insoweit genügt.

Unabhängig davon, dass dieser Kritik im Ansatz zuzustimmen ist, kann eine derartige Gesetzesauslegung und Anwendung der Gesetzesbegründung in keiner Weise entnommen werden und findet im Gesetzeswortlaut keinen näheren Anhaltspunkt.

#### ***bbbb) Schutz der Beziehung der rechtlichen Eltern zum Vorteil des Kindes***

Noch weitergehend ist die Ansicht von Roth, der zunächst von einem *Vorrang* der biologischen Elternschaft ausgeht (s.o. **C.II.1.e.aa**)<sup>334</sup>.

Darüber hinaus führt er an, dass aus dem gerechtfertigten Schutz des Kindeswohls die gesetzliche Begrenzung des Anfechtungsrechts nicht begründet werden könne, da es bei dem Schutz der sozialen Familie letztlich um den Schutz der Beziehung der Mutter zu dem rechtlichen Vater geht. Dieser Beziehungsschutz könne aber dem biologischen Vater grundsätzlich nicht entgegengehalten werden<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 9, 40, 42, 44, Einl. §§ 1589 ff Rdn. 21.

<sup>333</sup> Dem zustimmend Roth FamRZ 03, 3153 (3154); AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 12.

<sup>334</sup> Roth NJW 03, 3153 (3157), vgl. oben **C.II.1.e.aa** und FbN. 33; ähnlich insoweit auch Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 21.

<sup>335</sup> Roth NJW 03, 3153 (3157 f).

Mit dieser Argumentation verkennt Roth jedoch, dass eine bestehende soziale Beziehung der rechtlichen Eltern sich entscheidend auf das Kindeswohl auswirkt, da das Aufwachsen in einer intakten Familie massiv entwicklungsfördernd ist. Eine derart unbeschränkte Anfechtung der Elternschaft würde sich regelmäßig negativ auf die Familienstruktur auswirken<sup>336</sup>. Der Schutz des Kindeswohls kann deshalb auch zu einem Schutz der sozialen Beziehung der Eltern führen.

### **cc) Kritik hinsichtlich der Entstehung und Beendigung der sozialen Beziehung**

Unabhängig davon bringt die Literatur noch weitere abwägungsrelevante Gesichtspunkte vor, welche die Entstehung (**aaa**) und die Beendigung (**bbb**) der sozialen Beziehung betreffen.

#### ***aaa) Erfordernis der sozialen Beziehung im Zeitpunkt der Geburt***

Demzufolge soll berücksichtigt werden, dass im Zeitpunkt der Geburt der rechtliche Vater noch gar keine Beziehung zu dem Kind haben kann, die mittels einer Anfechtung gestört würde<sup>337</sup>. Die Hoffnung, eine solche Beziehung zum Kind erst aufzubauen, wird demnach nicht schützenswerter angesehen als das Interesse des biologischen Vaters an seinem Kind. Dem biologischen Vater sei in diesem Fall der Vorzug einzuräumen.

#### ***aaaa) Literaturansichten***

Aus diesem Grunde fordert beispielsweise Roth<sup>338</sup>, dass dem biologischen Vater ein Anfechtungsrecht der Vaterschaft innerhalb der ersten zwei Jahre nach Geburt zustehen soll. Insoweit verweist er auf das Anfechtungsrecht der Mutter und der diesbezüglichen gesetzgeberischen Begründung<sup>339</sup>. Dieses Recht wurde der Mutter gewährt, da innerhalb der ersten zwei Lebensjahre des Kindes eine persönliche Beziehung des Kindes zu dem rechtlichen Vater sich noch nicht derart verfestigen könne, dass ihr Anfechtungsrecht dahinter zurücktreten müsse. Gleiches sollte daher ebenso für den biologischen Vater gelten.

In diese Richtung tendiert auch Rauscher<sup>340</sup> und weist darüber hinaus darauf hin, dass dem Kind der unabänderbare genetische Vater rechtlich vorenthalten wird und es gegebenenfalls „Spielball wechselnder Beziehungsstrukturen“ der Mutter wird. Soweit der biologische Vater im Zeitpunkt der Geburt bereit ist, Verantwortung für das Kind zu übernehmen, kann das Kindeswohl nicht schematisch in der von der Mutter und ihrem gegenwärtigen Partner gewollten, aber noch keineswegs nachhaltig verfestigten Beziehung gesehen werden. Im Zeitpunkt der Geburt ist der Partner der Mutter nicht die soziale Familie des Kindes, sondern allenfalls der Mutter. Der Schutz einer bestehenden sozialen Familie kann demnach erst eingreifen, wenn diese entstanden ist und sich bereits verfestigt hat.

Andererseits befürwortet er, bei nachgewiesener Beständigkeit der sozialen Beziehung (Qualität im obigen Sinne) - mittels Prognose durch das Gericht - nicht den zwingenden Vorrang der Anfechtung. Im Rahmen dieser Prognose geht Rauscher dabei soweit, dass in Zweifelsfällen ein psychologisches Sachverständigengutachten über die Motivationslage des

---

<sup>336</sup> Dies sieht Roth NJW 03, 3153 (3157 f) anders, als seiner Ansicht nach die Störung des Verhältnisses der Mutter zu dem rechtlichen Vater sich nur *ausnahmsweise* auf das Verhältnis des Kindes zu dem rechtlichen Vater auswirken werde und daher eine *generelle* Beschränkung des Anfechtungsrechts nicht abgeleitet werden könne. Dies erscheint jedoch nicht sehr realitätsbezogen.

<sup>337</sup> Roth NJW 03, 3153 (3155, 3159); ebenso Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 12 f, 43, 46, Einl. §§ 1589 ff Rdn. 21, 31; kritisch auch Rauscher Rdn. 798; Winn KindPrax 99, 95 (95); AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 12 ff, der in diesen Fällen eine Wiederlegung der Regelvermutung vorschlägt.

<sup>338</sup> Roth NJW 03, 3153 (3155, 3159).

<sup>339</sup> BT-Drucks 13/8511 S. 70 f.

<sup>340</sup> Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 12 f, 43, 46, Einl. §§ 1589 ff Rdn. 21, 31; kritisch auch Rauscher Rdn. 798; Winn KindPrax 99, 95 (95); AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 12.

rechtlichen Vaters, hinsichtlich der Übernahme der tatsächlichen Verantwortung, eingeholt werden kann.

Da Rauscher hinsichtlich der Regelvermutung des längeren Zusammenlebens (§ 1600 III (2) BGB; die der Ehe lehnt er selbst grundlegend ab - s.o. **C.II.1.e.bb.ccc.aaaa**), in Angleichung an die Anfechtungsfrist der Mutter, insoweit eine Zeit von etwa zwei Jahren fordert (s.o. bei **C.II.1.c.bb.bbb**), befürwortet er, mangels Eingreifen dieser Regelvermutung, grundsätzlich ein Anfechtungsrecht des biologischen Vaters *alsbald* nach der Geburt.

*bbbb) Ansicht des BVerfG und des Gesetzgebers und deren Folgeproblematik*

Diese Problematik wird vom BVerfG nicht explizit angesprochen. Aus der Urteilsbegründung lässt sich jedoch wohl die Auffassung des Gerichts entnehmen, dass die soziale Familie zwischen Kind, Mutter und Ehemann als rechtlichen Vater mit der Geburt entsteht und schützenswert ist. Eindeutig ist dies allerdings nicht, da die vom Gericht entschiedenen Fälle diese Konstellation nicht direkt betrafen.

Auch der Gesetzgeber bedachte diese Konstellation offenbar nicht. Dem Wortlaut des § 1600 II BGB nach setzt die Anfechtung voraus, dass zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht. Anders als die Mutter, die mittels Schwangerschaft eine Beziehung zu dem Kind bereits vor der Geburt aufbaut, ist dies dem Vater nicht möglich. Das Kind kann erst nach der Geburt eine Beziehung zu dem Vater entwickeln. Soweit man § 1600 II BGB wortlautgetreu anwendet, wäre im Zeitpunkt der Geburt die Anfechtung mangels Beziehung zulässig.

Ob dies vom Gesetzgeber so beabsichtigt war, ist äußerst zweifelhaft. Insbesondere lässt sich auch aus dem Regelbeispiel des § 1600 III (2) Alt. 1 BGB etwas anderes herleiten. Dieses stellt hinsichtlich der Verantwortungsübernahme im Rahmen der sozial-familiären Beziehung darauf ab, ob der rechtliche Vater mit der Mutter verheiratet ist. In diesem Fall greift die Vermutung schon im Zeitpunkt der Geburt, in der eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind tatsächlich noch gar nicht bestehen kann<sup>341</sup>. Ebenso ist anzunehmen, dass mit dem Gesetz beabsichtigt war, dem Kindeswohl insoweit zu dienen, als dem Kind die Möglichkeit eröffnet werden soll, in eine bestehende Beziehung zwischen Mutter und rechtlichen Vater hineinzuwachsen<sup>342</sup>. Auf eine derartige Auslegung deutet ferner § 1685 BGB hin. Dieser räumt dem biologischen Vater nur ein Umgangsrecht ein, wenn er zu dem Kind in einer sozial-familiären Beziehung steht oder stand. Daraus lässt sich schlussfolgern, dass der biologische Vater im Zeitpunkt der Geburt, wo auch er noch keine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind unterhält, nicht anfechtungsberechtigt sein soll, da er nicht einmal ein Umgangsrecht für sich beanspruchen kann.

Dieser Ansicht folgt auch Will<sup>343</sup> und weist dabei auf die Folgeproblematik hinsichtlich der (zweiten) Regelvermutung des längeren Zusammenlebens hin. Während - entsprechend obiger Argumentation - bei einer Ehe die (erste) Regelvermutung schon im Zeitpunkt der Geburt eingreift, sei dies bei der zweiten Regelvermutung zweifelhaft. Durch die Gesetzesformulierung könne der Eindruck entstehen, dass hierfür eine längere häusliche Gemeinschaft ab dem Zeitpunkt der Geburt erforderlich ist<sup>344</sup>. Ein solches Erfordernis der „Bewährung“ sei jedoch abzulehnen, da hierdurch eine Ungleichbehandlung eintritt. Insbesondere ist es - auch aus Sicht des Kindes - kaum nachvollziehbar, wieso der rechtliche Vater in einer dauerhaften nichtehelichen Lebensgemeinschaft insoweit anders behandelt

---

<sup>341</sup> Aus diesem Grund soll nach der Ansicht von AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 12, die Regelvermutung in einem derartigen Fall gegebenenfalls widerlegt werden können.

<sup>342</sup> So auch Will ZPR 05, 172 (176).

<sup>343</sup> Will ZPR 05, 172 (176).

<sup>344</sup> So zu verstehen Roth NJW 03, 3153 (3155); kritisch AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 13.

werden soll. Ferner werde dadurch verkannt, dass nicht allein das Kindeswohl der gesetzgeberischen Entscheidung zugrunde liegt, sondern die Interessen sämtlicher Familienmitglieder berücksichtigt werden müssen und die Verantwortungsübernahme in der Erziehungsgemeinschaft dementsprechend als solche und unabhängig von einer etwaigen „Bewährung“ geschützt ist. Seiner Ansicht nach könne der unverheiratete rechtliche Vater kraft Anerkennung daher bereits ab dem Zeitpunkt der Geburt die Vermutung tatsächlicher Verantwortungsübernahme für das Kind in Anspruch nehmen.

Dieser nachvollziehbaren Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, dass sie mit dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 1600 III (2) Alt. 2 BGB kaum vereinbar ist. Das zweite Regelbeispiel fordert explizit ein längeres Zusammenleben *mit dem Kinde*. Insoweit scheint das Gesetz Anforderungen aufzustellen, die so wohl nicht beabsichtigt waren.

#### *cccc) Zwischenergebnis*

Als Zwischenergebnis lässt sich demzufolge festhalten, dass sich in der Literatur zwei konträre Ansätze wiederfinden.

Auf der einen Seite wird im Zeitpunkt der Geburt eine Beziehung des Kindes zum rechtlichen Vater verneint und versucht, dem biologischen Vater insoweit den Vorrang einzuräumen. Damit verbunden ist die grundsätzliche Ablehnung der Regelvermutung der Ehe.

Auf der anderen Seite wird bereits die Beziehung der rechtlichen Eltern untereinander eigenständig als schützenswert angesehen und darauf verwiesen, dass dem Kind, entsprechend der Regelvermutung der Ehe, eine Chance zur Beziehungsentwicklung auch in der zweiten Regelvermutung eingeräumt werden sollte.

Das Gesetz selbst kann daher insoweit als widersprüchlich aufgefasst werden, da die beiden Regelvermutungen in ihrer Ausgestaltung nicht konvergieren. Beide Ansätze finden auch inhaltlich ihre Berechtigung, so dass weder dem einen noch dem anderen der Vorzug zu geben ist und daher ein gerechter Ausgleich gefunden werden muss (dazu später).

#### ***bbb) Beendigung der sozialen Beziehung***

Problematisch an der derzeitigen Gesetzeslage ist ferner die Konstellation, wenn die sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater nachträglich endet.

#### *aaaa) Beendigung der sozialen Beziehung im Todesfall des rechtlichen Vaters*

Eindeutig gesetzlich geregelt ist dies hinsichtlich des Todes des rechtlichen Vaters. Für diesen Fall (zur Kritik sogleich unter **cccc**) genügt für den fortwährenden Ausschluss des Anfechtungsrechts, dass zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind in der Vergangenheit - zum Zeitpunkt des Todes - eine derartige Beziehung bestanden hat.

#### *bbbb) Beendigung der sozialen Beziehung in anderen Fällen*

Umstritten ist dies hinsichtlich anderer Beendigungstatbestände, sodass sich die Frage stellt, ob nach dem Ende einer Beziehung das Anfechtungsrecht wieder durchsetzbar sein kann.

In solchen Konstellationen kann von einem Wiederaufleben des Anfechtungsrechts gesprochen werden.

#### *aaaaa) Ansicht des Gesetzgebers*

Ob es solche Fälle tatsächlich geben soll, ist dem Gesetz und der Gesetzesbegründung nicht eindeutig zu entnehmen.

Nach der Einführung in dem Gesetzesentwurf<sup>345</sup> soll das Anfechtungsrecht nur bestehen, „wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder bestanden hat.“ Eine Einschränkung des „bestanden haben“ auf den Todesfall

---

<sup>345</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 1; ebenso BT-Drucks 15/2492 S. 1.

ist hier nicht erwähnt. Anders dagegen der Gesetzeswortlaut selbst und eine andere Stelle in der Gesetzesbegründung, nach dem Voraussetzung ist, dass keine Beziehung besteht oder „*im Zeitpunkt des Todes bestanden hat*“<sup>346</sup>. Das Bestehen in der Vergangenheit genügt nach grammatikalischem Zusammenhang nur für den Fall des Todes. Anders dagegen wieder eine weitere Stelle der Gesetzesbegründung. Demnach sei „*die Anfechtung auch für die Zukunft ausgeschlossen, wenn eine derartige Beziehung festgestellt wurde; ein Wiederaufleben des Anfechtungsrechts sei nicht möglich*“<sup>347</sup>. Im Gegensatz dazu wird später, im Rahmen der Anfechtungsfristenregelung, ausgesagt<sup>348</sup>, dass „*die Frist auch dann läuft, wenn die Anfechtung mangels Vorliegen der Voraussetzungen nach § 1600 Abs. 2 Alt. 1 BGB nicht betrieben werden kann, auch wenn dies im Ergebnis **in manchen Fällen** bedeutet, dass der Erzeuger des Kindes die Vaterschaft des rechtlichen Vaters **auch bei Wegfall** der sozial-familiären Beziehung zu dem Kind überhaupt nicht mehr anfechten kann, **weil** die Anfechtungsfrist inzwischen abgelaufen ist.*“ Klargestellt werden müsse (nur), dass „*die Anfechtungsfrist nicht erst **zu laufen beginne**, wenn **durch den Wegfall** der sozialen Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind die Anfechtungsmöglichkeit eröffnet wird.*“ Die Regelung des § 1600 b I (2) HS. 2 BGB sei nötig<sup>349</sup>, da „*sonst der leibliche Vater **nach dem Ende** einer möglicherweise langjährigen Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater ein zweijähriges Anfechtungsrecht hätte.*“ Diese Aussage impliziert für den Fall einer noch fortdauernden Anfechtungsfrist, dass das Anfechtungsrecht nach einem Wegfall der Beziehung noch besteht beziehungsweise wiederauflebt. Ebenso wäre sonst § 1600 b I (2) HS. 2 BGB nicht erklärbar. Wenn das Bestehen der Beziehung in der Vergangenheit stets anfechtungsausschließend wäre, käme es nie darauf an, ob die Anfechtungsfrist bei Bestehen der Beziehung gehemmt sein soll oder nicht.

Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts des § 1600 II BGB und dem Gegenschluss aus § 1600 b I (2) HS. 2 BGB muss - im Gegensatz zu einem Teil der Literatur<sup>350</sup> - folglich davon ausgegangen werden, dass das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung in der Vergangenheit, außer für den Sonderfall des Todes, nicht anfechtungshindernd sein kann<sup>351</sup>.

Dies wird dadurch bestätigt, als nicht zwingend von einem dauerhaften Bestand der Beziehung der rechtlichen Eltern zueinander und zu dem Kind ausgegangen werden kann. Insbesondere in der heutigen Zeit belegen die hohen Scheidungs- und Trennungsraten eine erhöhte Wandelbarkeit familiärer Verhältnisse. Gerade Beziehungen, in denen die Frau das Kind eines Dritten gebärt, können oftmals nicht den Eindruck besonderer Stabilität erwecken. Mittels dieses Umstands werden vielmehr Instabilität und Trennungsanfälligkeit vermittelt und oftmals schwerwiegende Beziehungsprobleme offenbart<sup>352</sup>.

Dem kann zwar zunächst entgegengesetzt werden, dass eine derartige Ausgestaltung dem Prinzip von Statusklarheit und Statusbeständigkeit widerspricht, jedoch darf nicht übersehen werden, dass eine Anfechtung stets diese Prinzipien tangiert und die Anfechtung im deutschen Recht, außer der kenntnisabhängigen Befristung, keiner absoluten Beschränkung unterliegt.

<sup>346</sup> So § 1600 II BGB und BT-Drucks 15/2253 S. 9, 11.

<sup>347</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 11.

<sup>348</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 15.

<sup>349</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 15.

<sup>350</sup> So vielfach die Literatur, die regelmäßig ungeprüft nur auf eine Stelle der Gesetzesbegründung verweist: Will FPR 05, 172 (176); Schlüter Rdn. 293; Palandt/Diederichsen § 1600 Rdn. 7; sich selbst widersprechend Weinreich/Klein § 1600 Rdn. 3; sich selbst widersprechend auch Pieper FuR 04, 385 (386, 388), wonach ein Wiederaufleben ausgeschlossen sei, aber nach dauerhafter Aufhebung der Beziehung eine Anfechtung möglich wäre, so dort auch der Beispielsfall d); die Gesetzesbegründung so verstehend, diese aber ablehnend Eckebrecht FPR 05, 205 (209).

<sup>351</sup> So auch Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 41; die geltende Gesetzeslage anders verstehend, aber de lege ferenda zustimmend Eckebrecht FPR 05, 205 (209), da ansonsten die Ausgestaltung im Hinblick auf Art. 6 II GG bedenklich sei; dies (zum alten Recht bereits) ebenso vertretend MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 10.

<sup>352</sup> Roth NJW 03, 3153 (3154 f).

#### bbbb) Ansichten in der Literatur

Diesem Ausgangspunkt folgt auch Rauscher<sup>353</sup>, der aber die Gesetzesbegründung dergestalt versteht, dass bei Abweisung der Anfechtungsklage, wegen bestehender sozialer Familie, diese Entscheidung in Rechtskraft erwächst. Nur in dieser Konstellation einer gerichtlichen Entscheidung sei angesichts *der Rechtskraft* ein Wiederaufleben nicht möglich. Soweit jedoch keine entgegenstehende Rechtskraft besteht, könne innerhalb einer noch laufenden Anfechtungsfrist, nach dem Zerbrechen der sozial-familiären Beziehung, eine Vaterschaftsanfechtung erfolgreich durchgeführt werden.

Da somit die Rechtskraft über ein Wiederaufleben des Anfechtungsrechts entscheidet, rät er, soweit nicht eine Verfristung droht, bei unsichereren Erfolgsaussichten das Scheitern der Beziehung abzuwarten.

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass dies für den biologischen Vater eine erhebliche Rechtsbeeinträchtigung darstellen würde. Bei Zweifel, ob eine soziale Familie besteht, würde die Erhebung zugleich die Gefahr des endgültigen Rechtsverlusts bedeuten und nachteilige materielle Folgen hervorrufen. Insbesondere ist die Ansicht deshalb abzulehnen, da nur solche Tatsachen in Rechtskraft erwachsen, die im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vorliegen. Spätere Veränderungen sind nicht präkludiert<sup>354</sup>. Eine von allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen abweichende Regelung hätte einer ausdrücklichen Normierung bedurft. Eine zweifelhafte Aussage in der Gesetzesbegründung dürfte nicht ausreichen.

#### cccc) Kritik zur Beendigung der sozialen Beziehung im Todesfall des rechtlichen Vaters

Im Zusammenhang damit kann darüber nachgedacht werden, ob es sinnvoll ist, im Todesfall des (verantwortungstragenden) rechtlichen Vaters, die Anfechtung gemäß § 1600 II BGB generell auszuschließen<sup>355</sup>.

Der Tod beendet die Beziehung ebenso wie andere Trennungen. Dem Kind trotzdem den biologischen Vater stets vorzuenthalten, erscheint problematisch. Insbesondere ist es nicht nachvollziehbar, dass es für ein Kleinkind einen Unterschied machen soll, ob der rechtliche Vater mittels Tod oder Beziehungsende aus seinem Leben scheidet. Andererseits darf nicht vernachlässigt werden, dass gegebenenfalls die Beziehung über lange Jahre verfestigt war und stets bei Todesfällen der Erbanspruch des Kindes im Raume steht.

Deswegen ist es angebracht, ein Wiederaufleben des Anfechtungsrechts nach den Umständen des Einzelfalls nach festgelegten Kriterien, die sich an dem Kindeswohl ausrichten, zu ermöglichen (dazu später - **C.II.5.b**). Dies lässt sich auch damit begründen, dass der Tod des rechtlichen Vaters sich aus Sicht des Kindes und des biologischen Vaters als zufällig darstellt und es daher oftmals nicht interessengerecht ist, die Anfechtung pauschal auszuschließen.

#### dd) Kritik an der Regelung der Anfechtungsfrist

Ein weiterer Kritikpunkt offenbart sich, wenn man die Regelung der Anfechtungsfrist untersucht.

#### aaa) Nachhaltiger Ausschluss des Anfechtungsrechts

Die Anfechtungsfrist des biologischen Vaters stellt sich als problematisch dar, da gemäß § 1600 b I (2) HS. 2 BGB der Lauf der Anfechtungsfrist nicht gehemmt ist, wenn eine sozial-familiäre Beziehung besteht. Wie bereits dargestellt, macht dieses Erfordernis nur Sinn, wenn grundsätzlich von einem Wiederaufleben des Anfechtungsrechts ausgegangen wird (s.o.).

---

<sup>353</sup> Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 41.

<sup>354</sup> MüKo zur ZPO/Gottwald § 322 Rdn. 140 ff; Thomas/Putzo/Reichhold § 322 Rdn. 43.

<sup>355</sup> So auch Eckebrecht FPR 05, 205 (209), der insoweit ein am Kindeswohl ausgerichtetes Korrektiv fordert; ähnlich Wanitzek FPR 02, 394; ebenso Huber FamRZ 03, 825 (825), wonach mit dem Todesfall die anfechtungsausschließende soziale Familie aufgelöst wird.



Bei einer derartigen Begrenzung des Wiederauflebens des Anfechtungsrechts kann es folglich mittels Verfristung zu einem fortdauernden Ausschluss des Anfechtungsrechts kommen, obwohl, infolge des Hindernisses, die Anfechtung zu keiner Zeit möglich war. Weder das Kindeswohl noch ein möglicherweise berechtigtes Interesse des biologischen Vaters lassen eine Abänderung der Vaterschaft zu. Ein effektiver Rechtsschutz des biologischen Vaters ist damit von vorneherein verhindert<sup>356</sup>. Flexibilität zu Gunsten des Kindeswohls und des biologischen Vaters wird nicht gewährt, sodass Konstellationen denkbar sind, in denen der Anfechtungsausschluss kritisch gesehen werden kann.

#### ***bbb) Anknüpfung des Fristbeginns an die erlangte Kenntnis***

Darüber hinaus ist auch die allgemeine Anknüpfung des Fristbeginns an die Kenntnis des Anfechtenden bedenklich.

Ausgangspunkt der Überlegung soll der in der Gesetzesbegründung<sup>357</sup> erwähnte Beispielfall hierzu sein: Ein rechtlicher Vater eines zehnjährigen Kindes, der bislang für dieses tatsächlich elterliche Verantwortung übernommen hat, lässt sich nunmehr nach 14 Jahren scheiden und trägt fortan keine elterliche Verantwortung mehr. Die Gesetzesbegründung führt nun dazu aus, dass eine Anfechtung durch den biologischen Vater in diesem Fall nicht sinnvoll ist und demzufolge mittels Anfechtungsfrist begrenzt werden muss. Hat der biologische Vater im Zeitpunkt der Geburt Kenntnis von seinem Kind erlangt, ist die Anfechtung nach § 1600 b I (1) BGB verfristet, da gemäß § 1600 b I (2) HS. 2 BGB die zuvor bestehende Beziehung den Fristlauf nicht hemmte.

Das Problem an diesem Ansatz ist, dass die Anfechtungsfrist an der Kenntniserlangung des biologischen Vaters ansetzt<sup>358</sup>. Folglich scheidet der Anfechtungsausschluss aus, wenn der biologische Vater erst im Rahmen der Beziehungsbeendigung von seinem Kind erfährt. Das Anfechtungsrecht bestünde in diesem Fall und wäre nicht verfristet.

Fraglich ist daher, ob dies gerechtfertigt ist. Die Anfechtung wäre demnach allein davon abhängig, wann der biologische Vater Kenntnis von seinem Kind erlangt. Dies erscheint nicht angebracht. In dem erwähnten Beispielfall bestand über lange Zeit eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater, sodass es nicht sinnvoll ist, die Anfechtung zuzulassen. Interessengerechter wäre, das Anfechtungsrecht zumindest auch vom Kindeswohl abhängig zu machen (näher dazu unter **C.II.5.c**).

#### **ee) Kritik an der Reaktionsmöglichkeit des rechtlichen Vaters**

Neben diesen Schwerpunktbereichen der Kritik bestehen weitere Ungereimtheiten des gesetzlichen Ansatzes. Diese werden dadurch hervorgerufen, dass die Gesetzeslösung die Reaktion des rechtlichen Vaters unberücksichtigt lässt.

#### ***aaa) Ablehnende Reaktion des sozial-familiär eingebundenen rechtlichen Vaters***

Dieser Schwachpunkt offenbart sich insbesondere dann, wenn man die Konsequenzen des Ansatzes untersucht. Falls der rechtliche Vater mit dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung unterhält, ist nach derzeitiger Rechtslage die Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater ausgeschlossen. Erfährt der rechtliche Vater, mittels Vaterschaftsbehauptung durch den biologischen Vater oder im Rahmen dessen (erfolglosen) Vaterschaftsanfechtungsklage, von seiner fehlenden genetischen Vaterschaft, kann dadurch seine soziale Beziehung gestört werden und er wird daher in einer Vielzahl von Fällen seinerseits die Vaterschaft anfechten.

---

<sup>356</sup> So auch Eckebrecht FPR 05, 205 (209), der insoweit verfassungsrechtliche Bedenken erhebt und eine Anfechtungsfrist von zwei Jahre ab Kenntnis der Umstände, frühestens beginnend mit Wegfall der sozial-familiären Beziehung vorschlägt; zur Kritik insoweit unter **C.II.5.c.bb.bbb**; den selben Vorschlag unterbreitet Huber FamRZ 03, 825 (825) und MüKo/Wellenhofer-Klein, Nachtragsband, § 1600 Rdn. 8 c.

<sup>357</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 15.

<sup>358</sup> Vgl. Eckebrecht FPR 05, 205 (209).

Dem Kind wird dadurch der biologische Vater als rechtlicher Vater (zumindest zunächst) vorenthalten und der bestehende rechtliche Vater nachträglich entzogen. Das Kind steht in diesen Fällen regelmäßig schlechter da, als wenn man die Anfechtung eingeschränkt zugelassen hätte. Möglich ist lediglich, dass der biologische Vater, im Anschluss an die Vaterschaftsanfechtung durch den rechtlichen Vater, seinerseits seine Vaterschaft nach § 1600 d BGB feststellen lässt. Dies ist jedoch ein umständlicher Weg, benötigt viel Zeit und stellt nicht sicher, dass er in jedem Fall beschritten wird. Folglich kann sich dies auf Grund der Unsicherheiten und Streitigkeiten zum Nachteil des Kindeswohls auswirken.

#### ***bbb) Passivität des sozial-familiär eingebundenen rechtlichen Vaters***

Ferner muss berücksichtigt werden, dass es Konstellationen geben kann, in denen, trotz einer bestehenden sozial-familiären Beziehung, der rechtliche Vater das Kind lediglich duldet, aber sein eigenes Anfechtungsrecht nicht ausübt. Zu denken ist in diesem Zusammenhang auch an Fälle der Verfristung oder des Ausschlusses der Anfechtung nach § 1600 IV BGB.

Nach geltender Gesetzeslage wird die Anfechtung durch den biologischen Vater wegen der vorliegenden sozial-familiären Beziehung verhindert. Auf eine besondere Qualität der Beziehung kommt es nicht an (s.o. **C.II.1.e.bb.ccc.aaaa**). Im Interesse des Kindeswohls kann es aber in manchen Fällen angebracht sein, dem biologischen Vater den Zugang zur elterlichen Rechtsposition zu ermöglichen, da dieser sich bewusst für das Kind entscheidet und ein weitreichendes Interesse an dem Kind hat.

#### **ff) Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der geltenden Gesetzeslage im Wesentlichen sechs Schwachstellen entgegenzuhalten sind.

§ 1600 II BGB stellt ausschließlich auf das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung ab und zieht darüber hinaus das Kindeswohl sowie die Interessen des biologischen Vaters nicht ausreichend als Entscheidungskriterium mit ein. Weitgehend ungelöst bleibt die Problematik, wie das Beziehungserfordernis im Zeitpunkt der Geburt ausgelegt werden soll und wie zu verfahren ist, wenn die Beziehung nachträglich endet. Ferner weist die Fristenregelung Ungereimtheiten auf.

Im Rahmen dieser Ausgestaltung bestehen demzufolge Bedenken hinsichtlich des verfassungsrechtlich garantierten Elternrechts des biologischen Vaters aus Art. 6 II (1) GG. Darüber hinaus erscheint fraglich, ob das Kindeswohl in all den aufgeworfenen Konstellationen ausreichend berücksichtigt wurde.

#### **f) Rechtsprechung des EGMR**

Entsprechend diesen Ausführungen und der angebrachten Kritik ist ferner zu überprüfen, ob die geltende gesetzliche Ausgestaltung des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters auch Bedenken hinsichtlich der Vorgaben der EMRK aufweist.

#### **aa) Der Fall Kroon/Niederlande**

Bedeutung gewinnt dabei ein Urteil des EGMR<sup>359</sup> (Kroon/Niederlande von 1994), das in Deutschland kaum bekannt geworden ist und nicht die nötige Beachtung gefunden hat. Daher ist es im Folgenden kurz darzustellen und anschließend seine Bedeutung für das deutsche Recht zu erörtern.

---

<sup>359</sup> Erst neun Jahre danach in einer dt. Zeitschrift veröffentlicht: EGMR FamRZ 03, 813 (813 ff - Kroon).

### **aaa) Sachverhaltsdarstellung**

Die verheiratete Frau K lebt von ihrem Ehemann getrennt und unterhält eine dauerhafte Beziehung zu einem anderen Mann, ohne mit diesem zusammenzuleben. Aus dieser außerehelichen Beziehung gingen vier Kinder hervor. Zum Ehemann besteht keinerlei Kontakt mehr. Entsprechend dem niederländischen Recht wurden die Kinder rechtlich dem Ehemann der Mutter zugeordnet. Die Mutter, der biologische Vater und explizit eines der Kinder begehren die Abänderung der rechtlichen Vaterschaft zugunsten des biologischen Vaters. Nach damalig geltendem niederländischen Recht<sup>360</sup> war dies nicht möglich, da weder das Kind noch der biologische Vater anfechtungsberechtigt waren und eine Anerkennung des Kindes, wegen der bestehenden Vaterschaft des Ehemanns, ausschied. Mangels Ehescheidung vor der Geburt des Kindes konnte nach niederländischem Recht auch die Zustimmung der Mutter zur Abänderung der Vaterschaft daran nichts ändern und ein eigenes Anfechtungsrecht der Mutter bestand mangels Scheidung in diesen Fällen nicht.

### **bbb) Entscheidung des EGMR**

Diese Rechtslage widerspricht nach Ansicht des EGMR den Anforderungen des Art. 8 EMRK.

Zunächst stellt das Gericht fest, dass zwischen der Mutter, dem Kind und dem biologischen Vater ein Familienleben existiert, was sich insbesondere daraus ergäbe, dass dieser Beziehung mehrere Kinder entstammen. Ferner schadet es nicht, wenn die Eltern nie zusammengelebt haben und der biologische Vater auch nicht zur Pflege und Erziehung des Kindes beiträgt.

Soweit aber ein derartiges *„Familienleben vorliegt, besteht die positive Verpflichtung des Staates, die Herstellung vollständiger gesetzlicher Familienbände zwischen dem natürlichen (biologischen) Vater und seinem Kind, vom Augenblick der Geburt an oder sobald wie möglich danach, zu erlauben. Die Achtung des Familienlebens verlangt, dass sich die biologische und soziale Realität gegenüber einer gesetzlichen Vaterschaftsvermutung durchsetzt, die dem festgestellten Sachverhalt und den Wünschen der Betroffenen widerspricht, ohne jemandem zum Vorteil zu gereichen.“*

Daher befürwortet das Gericht, dass dem biologischen Vater die Anfechtung, der auf die Vaterschaftsvermutung basierende Zuordnung des Kindes zum Ehemann der Mutter, zu ermöglichen ist, soweit keine entgegenstehenden Interessen zu berücksichtigen sind. Da die Mutter, der biologische Vater und das Kind die Abänderung der Vaterschaft anstrebten und zum Ehemann keinerlei Kontakt bestand, waren derartige gegenläufige Interessen nicht auszumachen.

Diese Befürwortung des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters ergibt sich explizit aus dem abweichenden Sondervotum der Richterin Morenilla, wonach *„die Mehrheit meiner Kollegen der Auffassung war, dass die Niederlande eine positive Verpflichtung traf, das Recht des natürlichen Vaters auf Anfechtung der Ehelichkeitsvermutung anzuerkennen“*.

### **ccc) Folgeentwicklung im niederländischen Recht**

Erstaunlich ist aber, dass die Niederlande nach dem Urteil ihre Regelungen dahingehend abänderten, dass nunmehr neben dem rechtlichen Vater auch die Mutter und das Kind die Vaterschaft anfechten können, aber dieses Recht dem biologischen Vater weiterhin verweigert wird. Dies resultiert wohl daraus, dass dem Urteil selbst nicht zu entnehmen ist, ob dem biologischen Vater ein derartiges Recht zukommen muss, sondern nur die Möglichkeit zur Herstellung einer vollständigen Familienbande zu gewährleisten ist<sup>361</sup>.

---

<sup>360</sup> Vgl. den damaligen Art. 1:198 (1) Burgerlijk Wetboek (niederländisches bürgerliches Gesetzbuch).

<sup>361</sup> EMRK FamRZ 03, 813 (815); vgl. BT-Drucks 15/2253 S. 8 und Höfelmann FamRZ 04, 745 (747).

Zu berücksichtigen ist auch, dass das Urteil nicht einstimmig gefällt wurde. Zwei der neun Richter befürworteten eine andere Auffassung und lehnten eine derartige Störung der ursprünglichen Eltern-Kind-Beziehung ab<sup>362</sup>. Dies begründeten sie mit der Bedeutung der Familie, der Ablehnung des Ehebruchs und dem Schutzbedürfnis des Kindes.

An dieser Entscheidung anknüpfend entschied der EGMR (Yousef/Niederlande<sup>363</sup>) im Jahr 2003 erneut über das - nicht eingeführte - Anfechtungsrecht des biologischen Vaters im niederländischen Recht. Im dort relevanten Fall begehrte der biologische Vater die rechtliche Anerkennung seiner Vaterschaft, um die Unterbringung seines Kindes in einer Pflegefamilie, die das Kind seit dem Tod der Mutter betreute, aufzuheben und um selbst das Sorgerecht zu erlangen. Der Ausschluss der Anfechtung nach niederländischem Recht war jedoch *insoweit* nicht zu beanstanden, da gegenläufige Interessen des Kindes und der Pflegeeltern zu berücksichtigen waren. Die zwischen diesen mittlerweile bestehende soziale Beziehung konnte, nach Ansicht des EGMR, *insoweit* den Anfechtungsausschluss rechtfertigen.

### **bb) Auswirkung des Falls Kroon/Niederlande auf das deutsche Recht**

Aus diesen Stellungnahmen lässt sich entnehmen, dass der EGMR grundsätzlich von einem Anfechtungsrecht des biologischen Vaters ausgeht, wenn zwischen ihm und dem Kind eine Familienbeziehung besteht und keine entgegenstehenden Interessen zu berücksichtigen sind<sup>364</sup>.

Mit der Einführung des Anfechtungsrechts der biologischen Väter ist der deutsche Gesetzgeber, in Kenntnis der Rechtsprechung des EGMR, den Anforderungen des BVerfG nachgekommen (C.II.1.c). Diese Umsetzung wird, angesichts des gewährten Gestaltungsspielraums, als mit den Anforderungen des EGMR vereinbar angesehen<sup>365</sup>.

### **aaa) Vergleich der Ausgangspunkte**

Zu beachten ist, dass das deutsche Recht primär darauf abstellt, ob eine bestehende sozial-familiäre Beziehung zwischen rechtlichen Vater und Kind gestört wird, während die Rechtsprechung des EGMR dies, im Rahmen der Berücksichtigung gegenläufiger Interessen, ebenso vorsieht, aber zunächst daran anknüpft, ob der biologische Vater eine Familienbeziehung zu dem Kind unterhält. Da das deutsche Recht insoweit großzügiger ist und die EMRK nur einen Mindeststandard gewährleisten will, ist dies nicht zu beanstanden.

### **bbb) Abweichungen der unterschiedlichen Ansätze**

Problematisch ist jedoch, dass nach der Rechtsprechung des EGMR eine *vorgeburtliche* Beziehung zwischen *den Eltern*, für die Begründung einer familiären Beziehung des *Vaters zu dem Kind*, ausreichen kann (s.o. B.VI.2). Auf diese Weise kann dem biologischen Vater im Zeitpunkt der Geburt bereits ein gewisser Schutz zukommen und nicht pauschal eine sich erst entwickelnde Beziehung des rechtlichen Vaters zu dem Kind als schützenswerter angesehen werden.

Bedenklich ist ferner die Regelung der Anfechtungsfrist und die Problematik eines fortwährenden Anfechtungsausschluss nach einer Beziehungsbeendigung. Entsprechend obigen Ausführungen kann es demzufolge dazu kommen, dass der biologische Vater von der

---

<sup>362</sup> Abweichende Meinung der Richter Morenilla und Mifsud Bonnici, EGMR FamRZ 03, 813 (814 f - Kroon).

<sup>363</sup> EGMR, Urteil in Sachen Yousef/Netherlands v. 05.05.2003, Beschwerde 33 711/96 (bisher unveröffentlicht, erhältlich unter [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

<sup>364</sup> So auch schon Müller S. 154 welcher in der alten Rechtslage bereits einen Verstoß gegen Art. 8 und 14 EMRK gesehen hat; mit Verweis auf Pintens FamRZ 97, 457 (457), wobei dies dort jedoch wohl nicht derart entnommen werden kann; ebenso teilweise Fahrenhorst S. 354 ff.

<sup>365</sup> Brückner FPR 05, 200 (204).

Anfechtung ausgeschlossen ist, obwohl er, die Mutter und das Kind die Abänderung begehren und gegenläufige Interessen des rechtlichen Vaters nicht (mehr) bestehen.

Insoweit kommt es darauf an, ob diese Eingriffe in Art. 8 I EMRK nach Art. 8 II EMRK gerechtfertigt sind. Ein Rechtfertigungsgrund kann demnach in der Schutzbedürftigkeit einer bestehenden oder früher bestandenen sozial-familiären Beziehung des Kindes zu dem rechtlichen Vater gesehen werden, sodass eine Rechtfertigung vertreten werden kann. Folglich scheint das deutsche Abstammungs- und Anfechtungsrecht in seiner grundsätzlichen Ausgestaltung den Anforderungen des EGMR zu genügen. Ob der Ausschluss in jedem Einzelfall nach Art. 8 II EMRK angemessen und gerechtfertigt ist, erscheint im Anschluss an obige Kritik allerdings kritisch.

## **2) Reformvorschläge**

Entsprechend dieser Kritik wird in der Literatur zum Teil eine weitergehende Reform gefordert und kritisiert, dass der Gesetzgeber, ohne über einen dogmatischen Neuansatz nachzudenken, allein die Rechtsprechung des BVerfG umgesetzt hat. Die Forderungen der Literatur gehen zum Teil so weit, dass im Rahmen einer langfristigen Entwicklung es zu einem grundsätzlichen Anfechtungsrecht des biologischen Vaters kommen soll<sup>366</sup>. Der Schutz der sozialen Familie soll dagegen erst in den Folgefragen und dabei insbesondere im Bereich des Umgangsrechts zu berücksichtigen sein.

Einer derartigen gesplitteten Vaterstellung steht auch nicht die Ansicht des BVerfG entgegen. Nach dessen Auffassung bedürfe ein Kind für seine Entwicklung - neben seiner Abstammung und neben der Qualität der Beziehung zur jeweiligen Bezugsperson - das Wissen und die Gewissheit zu wem es gehört, welcher Familie es zugeordnet ist und wer als Mutter oder Vater Verantwortung für es trägt. Dabei kommt es aber nur zu dem Ergebnis, dass ein Nebeneinander von zwei Vätern, denen jeweils die *gleiche* grundrechtlich zugewiesene Elternverantwortung zukommt, nicht der Vorstellung der elterlichen Verantwortung von Art. 6 II GG entspricht<sup>367</sup>. Im Umkehrschluss dazu wird, bezüglich eines abgestuften Systems, keine Aussage getroffen.

Als Zwischenlösung wäre auch denkbar, die Anfechtung grundsätzlich uneingeschränkt zuzulassen, aber dem ehemaligen rechtlichen Vater die Mitverantwortung für das Kind trotzdem zu ermöglichen. Dies könnte mittels einer Erleichterung der Adoption oder einer Erweiterung der stiefväterlichen Rechte umgesetzt werden<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 14; ebenso Roth NJW 03, 3153 (3158 f), der für die Anfechtung, neben einer Regelung einer Anfechtungsfrist, auch die realistische Erwartung des Aufbaus einer familiären Beziehung fordert, diesen Nachweis aber als Einwand des Rechtsmissbrauchs den Beklagten auferlegen und nur bei konkreten Anhaltspunkten einer Gefährdung des Kindeswohls als ultima ratio die Anfechtung ausschließen will.

<sup>367</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (819).

<sup>368</sup> Ähnlich insoweit die Gedanken von Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 31, § 1600 Rdn. 14; vgl. dazu auch die Gedanken von Roth NJW 03, 3153 (3157)

### **3) Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage im Bereich des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung**

Die Möglichkeit einer gesplitteten Vaterschaftsstellung hatte bereits das RG<sup>369</sup> für möglich erachtet und das BVerfG selbst erneut als Reformansatz vorgebracht.

Im Rahmen zweier Entscheidungen über das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung hat das BVerfG dem Gesetzgeber den Vorschlag unterbreitet, die damaligen Verfassungsverstöße mittels Erweiterung des Anfechtungsrechts des Kindes oder mittels Einführung einer isolierten Klagemöglichkeit zu beseitigen<sup>370</sup>. Letztere könnte nach Ansicht des Gerichts derart ausgestaltet werden, dass mittels Feststellungsklage die Abstammung geklärt würde, ohne auf das bestehende (rechtliche) Verwandtschaftsverhältnis Auswirkungen zu zeigen.

Im Anschluss daran ist in der Literatur<sup>371</sup> und vom Gesetzgeber<sup>372</sup> vielfach über die Vor- und Nachteile einer isolierten, statusfolgenlosen Abstammungsfeststellungsklage diskutiert worden.

#### **a) Vorteile einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage**

Für einen derartigen Lösungsansatz wird insbesondere angeführt, dass die Ermöglichung der Kenntnisaufnahme, unter Aufrechterhaltung des Abstammungsstatus, oftmals das schonenste, aber auch ausreichendste Mittel für alle Beteiligten sei<sup>373</sup>. Das Interesse an Kenntnis der genetischen Verbundenheit ist zunächst ideell und sollte daher nicht zwingend

---

<sup>369</sup> Vgl. RGZ 152, 390 (394), wonach die Beschränkung der Ehelichkeitsanfechtung den Schutz des ehelichen Familienstandes bezwecken, aber nichts über die Frage der blutmäßigen Abstammung aussage. Daher sei trotz Ausschluss des Anfechtungsrechts die Möglichkeit, dass die blutmäßige Abstammung noch im entgegengesetzten Sinn festgestellt wird, nicht ausgeschlossen; dazu Frank/Arens S. 76 ff. 80 mit dem Hinweis auf den damaligen Kompromiss mit dem nationalsozialistischen Gedankengut und der abweichenden Fortentwicklung des dt. Rechts, sodass diese Entscheidung letztlich nicht umgesetzt wurde; vgl. dazu auch Helms S. 129; Reinke S. 148 ff.

<sup>370</sup> BVerfG FamRZ 89, 255 (259) und BVerfG FamRZ 94, 881 (882 f); vgl. dazu bspw. Enders FamRZ 89, 881 (881 ff) und insb. die Verweise in der folgenden FbN..

<sup>371</sup> Ablehnend: Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1593 Rdn. 19 a ff; Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 80 ff; Gaul G.u.G. S. 23 ff, 47; ders. S. 646 f; ders. FamRZ 97, 1141 (1143, 1159, 1164); ders. FamRZ 00, 1461 (1469, 1474); Smid JR 90, 221 (223, 226); Giesen JZ 89, 364 (375 f); Reinke S. 154 ff; Frank/Arens S. 82 ff; Frank S. 88; ders. FamRZ 88, 113 (117 f); ders. FamRZ 95, 975 (980); ders. StAZ 03, 129 (135); Böhm ZRP 92, 334 (337); v. Sehte S. 98, 126 f, 149 ff, 213 ff, 221 f und insb. 350 ff; Rauscher Rdn. 756; Helms S. 127 ff, 135; Meyer S. 157 f; Schwenzer Gutachten zum DJT, A 33 ff; - zustimmend: Diederichsen, Referat zum DJT, M 90; Zens, Referat zum DJT, M 13, 29; MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 47, § 1591 Rdn. 24, § 1589 Rdn. 47; Beitzke/Lüderitz § 22 II 1 d; Gernhuber/Coester-Waltjen § 51 I 9; Coester-Waltjen FS I S. 239 ff, 252 ff; dies. FS II S. 20 f; dies. 89, 520 (522); dies. FamRZ 92, 369 (373); Giesen Rdn. 508; Coester JZ 92, 809 (811); Ernst S. 177; ders. DEuFamR 99, 3 (6); Wichmann FuR 96, 161 (166); Roth FamRZ 96, 769 (771); DJT FamRZ 92, 1275 (1276); Edenfeld FuR 96, 190 (195); Oberloskamp FuR 91, 263 (267 f, 269); Münder RdJB 89, 459 (460 f); so zu verstehen wohl auch die Anregung des Bundesrates in BT-Drucks 13/4899 S. 147; im Ansatz ebenso Mutschler FamRZ 96, 1381 (1383); Dethloff NJW 92, 2200 (2208); Koch FamRZ 90, 569 (570) FbN. 7; unter Bedenken Ramm NJW 89, 1594 (1597); Deichfuß S. 141 f; zustimmend, zumindest hinsichtlich künstlicher Befruchtung, Coester-Waltjen, Gutachten zum DJT, B 62 f; MüKo/Seidel § 1589 Rdn. 47.

<sup>372</sup> Befürwortend der Vorschlag der SPD in BT-Drucks 12/4024 S. 4, 10 und BT-Drucks 13/1752 S. 4, 12 sowie die Gegenäußerung des Bundesrats in BT-Drucks 13/4899 S. 147; - letztlich aber abgelehnt in BT-Drucks 13/4899 S. 55, 56 f, 166.

<sup>373</sup> Coester JZ 92, 809 (811); Ernst S. 177 (auch mit Hinweis auf die sozialwissenschaftliche Sicht in Bezug auf das Kindeswohl); Edenfeld FuR 96, 190 (195); Gernhuber/Coester-Waltjen § 51 I 9; Coester-Waltjen FS II S. 20; i.E. so wohl Ramm NJW 89, 1594 (1597); dem zustimmend, aber insgesamt ablehnend Böhm ZRP 92, 334 (337) und Helms S. 128; kritisch dazu Frank S. 87; ders. FamRZ 95, 975 (980); ebenso, zumindest hinsichtlich künstlicher Befruchtung, Coester-Waltjen, Gutachten zum DJT, B 62 f.

statusrechtliche und vermögensrechtliche Folgen nach sich ziehen<sup>374</sup>. Das Kind solle im Rahmen seines berechtigten Kenntnisrechts nicht dazu gezwungen werden, im Wege der Vaterschaftsanfechtung stets das rechtliche Band zum rechtlichen Vater zu durchtrennen, dadurch allen familien- und erbrechtlichen Ansprüchen verlustig zu werden und zusätzlich innerfamiliäre Konflikte heraufzubeschwören<sup>375</sup>. Des Weiteren wird vorgebracht, dass damit „Reserveeltern“ etabliert werden, die bei Ausfall (etwa Tod) der rechtlichen Eltern vorrangig in deren Verantwortung einrücken könnten<sup>376</sup>.

### **b) Nachteile einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage**

Dagegen wird jedoch vielfach eingewandt, dass die isolierte Abstammungsfeststellungsklage zu einer unerwünschten Aufspaltung der Vaterschaft führt. Eine „doppelte Vaterschaft“ sei aber zu vermeiden, da niemand das Kind zweier Väter sein könne<sup>377</sup>. Insbesondere sei die damit verbundenen Störung der Familie nicht zu unterschätzen<sup>378</sup>. Darüber hinaus bedeute eine derartige Klage einen Systembruch hinsichtlich der Sperrwirkung einer bestehenden Vaterschaft<sup>379</sup> und führe möglicherweise zu Folgeproblemen, insbesondere im Bereich des Unterhaltsrechts<sup>380</sup>. Ferner wird das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses sowie das Feststellungsinteresse bezweifelt und beanstandet, dass ein Prozess nicht dazu da sei, den Beweis einer Abstammung zu erbringen, da die Wahrheit einer Tatsache niemals Gegenstand einer rechtskräftigen Feststellung sein könne<sup>381</sup>. Des Weiteren wird die gegebenenfalls nötige

<sup>374</sup> Deichfuß S. 136; 142; soweit aber die Ansicht vertreten wurde, dass insoweit kein Wahlrecht bestehe und daher eine Anfechtung selbst auszuschließen sei (umstritten), wird ferner angeführt, dass dadurch Prozesse vermieden werden können, die allein auf eine Inanspruchnahme des finanziell leistungsfähigeren genetischen Vaters zurückzuführen seien, vgl. Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (409); ebenso, zumindest hinsichtlich künstlicher Befruchtung, Coester-Waltjen, Gutachten zum DJT, B 62 f.

<sup>375</sup> Coester JZ 92, 809 (811); Edenfeld FuR 96, 190 (196); i.E. wohl ebenso Dethloff NJW 92, 2200 (2208); ebenso, zumindest hinsichtlich künstlicher Befruchtung, Coester-Waltjen, Gutachten zum DJT, B 62 f.

<sup>376</sup> Coester JZ 92, 809 (811).

<sup>377</sup> Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1593 Rdn. 19 d und f; Soergel/Gaul (12. A.) Vor. § 1600 a Rdn 5; Gaul G.u.G. S. 34, 47; ders. FamRZ 97, 1141 (1459); ders. FamRZ 63, 208 (209); Frank/Arens S. 84 f; Böhm ZRP 92, 334 (337); Reinke S. 154 ff; Gernhuber/Coester-Waltjen § 57 I 5; - a.A. Giesen JZ 89, 364 (369, 375); Muscheler/Bloch FPR 02, 339 (346); Coester JZ 92, 809 (811); ders. DEuFamR 99, 3 (6); in diese Richtung auch Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 80 ff, der ein Nebeneinander für möglich hält, aber eine rechtskräftige Feststellung insoweit nicht als nötig erachtet; - teilweise wird eine Parallele zur „Zweigleisigkeit der Elternschaft“ im Adoptionsrecht gezogen: Coester-Waltjen Jura 89, 520 (522); dies. FamRZ 92, 369 (373); Coester JZ 92, 809 (811); Edenfeld FuR 96, 190 (195), teilweise auch abgelehnt: Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1593 Rdn. 19 e; Gaul G.u.G. S. 34 f; vgl. dazu Muscheler/Bloch FPR 02, 339 (346); unklar Oberloskamp FuR 91, 263 (267 f); Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 81, (dort nicht misszuverstehen, wonach nur rein *biologisch* niemand das Kind zweier Väter sein kann) mit dem Hinweis, dass nach h.M. ein Kind nach vollzogener Adoption eine Vaterschaftsklage durchführen kann; vgl. Frank/Arens S. 66 f; Helms S. 129; gegen eine derartige Argumentation Rauscher Rdn. 757 FbN. 5.

<sup>378</sup> So Helms S. 132, Reinke S. 155 und die Literatur in FbN. 377.

<sup>379</sup> Smid JR 90, 221 (223); Reinke S. 157 f; Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 81; Rauscher Rdn. 756; Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1593 Rdn. 19 g; Gaul G.u.G. S. 47; v. Sehte S. 350; Klinkhammer FF 05, 150 (151); ebenso, aber ohne direkte Ablehnung deswegen Dethloff NJW 92, 2200 (2208).

<sup>380</sup> Giesen JZ 89, 364 (375); Smid JR 90, 221 (222); Frank/Arens S. 85; Frank S. 86 f; ders. FamRZ 95, 975 (981); Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 81; Gaul FamRZ 97, 1141 (1459).

<sup>381</sup> Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1593 Rdn. 19 g und j; Gaul G.u.G. S. 35 ff; ders. FamRZ 97, 1441 (1159, 1464); ders. FamRZ 00, 1461 (1474 f); Frank/Arens S. 67 ff, 74, 80 f, 82; Frank S. 86 f; ders. FamRZ 95, 975 (980); Smid JR 90, 221 (223); Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 81 f und § 1591 Rdn. 23; Rauscher Rdn. 756; vgl. dazu Deichfuß S. 137 f; v. Sehte S. 150; Meyer S. 158; Schwab/Wagenitz FamRZ 97, 1377 (1377 f); Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (412); Helms FuR 96, 178 (188); i.d.S. auch bereits OGHbz 2, 123 (128 f); - a.A. zum Rechtsverhältnis aber wohl das BVerfG FamRZ 89, 255 (255 ff), wonach dessen Entscheidung gerade auf eine Fallkonstellation beruht, in der es nicht um Kenntniserlangung, sondern um die gerichtliche Bestätigung des schon vorhandenen Wissens ging, so auch Erman/Holzhauser § 1592 Rdn. 11; ebenso BGH NJW 52, 780 (781), wonach auch künftige, bedingte und auch nur mögliche Rechtsfolgen ein Rechtsverhältnis begründen können; ein Rechtsverhältnis bejaht auch der Gesetzgeber selbst im Bereich einer

zwangsweise körperliche Untersuchung der Beteiligten, im Hinblick auf die körperliche Integrität und das Persönlichkeitsrecht, kritisch gesehen, wenn daran keinerlei Rechtsfolgen gebunden sind<sup>382</sup>.

Eine vermittelnde Ansicht<sup>383</sup> kommt im Ergebnis ebenso zur Ablehnung einer derartigen Klage, begründet dies aber weitgehend anders. Eine doppelte Vaterschaft sei nicht unbedingt abzulehnen, da ein Entweder-Oder-Verhältnis zwischen den Vätern nicht zwingend geboten erscheint. Da das Kind jedoch bewusst auf die Anfechtung verzichte und somit die Rechtsfolgenlosigkeit wähle, bedürfe es einer Feststellungsklage nicht, da insoweit ein schlichter Auskunftsanspruch dem Interesse des Kindes ausreichend gerecht werde.

### c) Entscheidung des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber nahm diese Diskussion im Rahmen der Kindschaftsreform auf und entschied sich bewusst gegen die Einführung einer derartigen Klagemöglichkeit<sup>384</sup>. Die Vorgaben des BVerfG setzte er demnach mittels Erweiterung des Anfechtungsrechts des Kindes um.

Als Grund wurde die Existenz vielfacher Schwierigkeiten angeführt und dabei insbesondere auf folgende Probleme verwiesen. Aufgelistet wurden die Fragen, welche Auswirkungen eine nachfolgende statusändernde Anfechtung für die (zunächst) folgenlose Klärung der Abstammung habe, ob der Scheinvater und/oder die Kindesmutter in das Feststellungsverfahren einzubeziehen sind, ob die Möglichkeit der folgenlosen Feststellung der Abstammung auch gelten könne, wenn kein anderer Mann als rechtlicher Vater des Kindes feststehe und ob auch die Mutter, der Scheinvater und der Erzeuger zu einer Abstammungsfeststellungsklage berechtigt sein sollen.

Unabhängig davon, dass die aufgeworfenen Fragen berechtigt sind, erscheint die Argumentation weitgehend ergebnisorientiert. Eine rechtliche Beantwortung und Umsetzung ist möglich<sup>385</sup> und kann nicht allein den Ausschluss der isolierten Abstammungsfeststellungsklage rechtfertigen. Die gesetzgeberische Ablehnung scheint daher nicht ausschließlich von den angeführten Gründen bestimmt zu sein. Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass die Gesetzesbegründung die isolierte Abstammungsfeststellungsklage hinsichtlich der Vaterschaft ablehnt, aber an anderer Stelle eine Feststellungsklage auf Klärung der genetischen Mutterschaft explizit als möglich anerkennt<sup>386</sup>.

---

Feststellung der genetischen Mutterschaft, BT-Drucks 13/4899 S. 83; MüKo/Seidel § 1591 Rdn. 25 ff; vgl. auch Smid JR 90, 221 (221); Reinke S. 152 f; Ernst S. 176; Wolf FuR 04, 392 (396 f); zum Feststellungsinteresse in familienrechtlichen Statusklagen sehr großzügig, BGH NJW 73, 51 (51 ff); ebenso BGH JZ 52, 279 (479 f), wonach eine konkrete Rechtswirkung nicht für erforderlich angesehen wird; zustimmend BGH NJW 53, 1545 (1546); Rosenberg JZ 52, 479 (479); Wolf FuR 04, 392 (397); vgl. auch Thomas/Putzo § 640 Rdn. 1 und Habscheid/Habscheid FamRZ 99, 480 (482); jedenfalls de lege ferenda läge die Einführung jedenfalls im Rahmen des gesetzgeberischen Handlungsspielraums; so auch Helms S. 129 f; darüber hinaus kennt auch das geltende Recht die Klage auf Feststellung der Urkundenechtheit als Tatsache im Rahmen des § 256 ZPO, vgl. insoweit Helms S. 130, m.w.N..

<sup>382</sup> Smid JR 90, 221 (223); Staudinger/Rauscher §§ 1591 Rdn. 24; Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1593 Rdn. 19 g; Gaul G.u.G. S. 38 f; ders. FamRZ 97, 1441 (1464); ders. FamRZ 00, 1461 (1474); Deichfuß S. 139 f; Frank/Arens S. 83; Frank S. 84 ff; ders. FamRZ 95, 975 (981); v. Sehte S. 351; - a.A. Ernst S. 176; Reinke S. 158; Helms S. 133 f, der insoweit auf den hohen Wert der Persönlichkeitsentfaltung verweist.

<sup>383</sup> Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 80 ff, dort aber nicht misszuverstehen, wonach nur rein *biologisch* eine doppelte Vaterschaft nicht möglich ist; i.E. ähnlich mit Verweis auf das Auskunftsrecht, v. Sehte S. 350 ff.

<sup>384</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 55, 56 f; 166; entgegen den Vorschlägen in BT-Drucks 13/1752 S. 4, 12 f; BT-Drucks 12/4024 S. 4, 10 f; BT-Drucks 13/4899 S. 147.

<sup>385</sup> Vgl. insb. bereits die Gesetzesvorschläge in BT-Drucks 13/1752 S. 4, 12 f; BT-Drucks 12/4024 S. 4, 10 f.

<sup>386</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 83; vgl. oben **C.I.6.a**, insb. zur weitgehenden Ablehnung in der Literatur; ob die Vorbehalte gegen die statusfolgenlose Abstammungsfeststellung beim Vater, auch gegen die bei der Mutter sprechen, wird unterschiedlich beurteilt: bejahend Zimmermann DNotZ 98, 404 (411); Gaul FamRZ 00, 1461 (1474); ablehnend: Staudinger/Rauscher §§ 1591 Rdn. 22.



Festzuhalten ist, dass im geltenden Recht eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage - zumindest hinsichtlich der Vaterschaft - vom Gesetzgeber ausgeschlossen, von der Rechtsprechung<sup>387</sup> strikt abgelehnt und dies von der Literatur auch nahezu einheitlich hingenommen wird<sup>388</sup>.

#### **d) Gegenwärtige Auffassung**

In Folge der Entscheidung des Gesetzgebers ist die Diskussion um die isolierte Abstammungsfeststellungsklage - zumindest in Bezug auf den Vater des Kindes - weitgehend zum Erliegen gekommen.

Im Rahmen der Entscheidung des BVerfG über das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters nahm das Gericht hierzu am Rande Stellung<sup>389</sup>. Demnach sei nur sein Interesse an der Erlangung der rechtlichen Vaterstellung von Art. 6 II GG erfasst. Das Begehren nach Kenntnis und Gewissheit über die Abstammung - ohne statusrechtliche Anpassung - betreffe dagegen lediglich sein nach Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschütztes allgemeines Persönlichkeitsrecht, wobei offengelassen wurde, ob er hieraus einen Anspruch auf Klärung der genetischen Abstammung des Kindes ableiten könne.

Bei der folgenden Diskussion über die Einführung des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters ist weder in der Literatur noch im Gesetzgebungsverfahren eine Auseinandersetzung mit diesem Lösungsansatz unternommen worden. Da eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage aber auch Vorzüge bietet, ist in der folgenden Reformdiskussion hierauf zurückzugreifen.

Dass dieser Ansatz an seiner Aktualität nichts verloren hat, wird durch eine Bundestagsdebatte vom 11.03.2005 bestätigt, in der erneut über ein Abstammungsverfahren ohne Statusfolgen beraten wurde. In der politischen Diskussion um die Zulässigkeit heimlicher Vaterschaftstests wurde erörtert, ob ein „Abstammungstestverfahren“ anerkannt werden soll. Zwar fehlt es insoweit noch an einer konkreten Einigung, jedoch erscheint sicher, dass eine statusfolgenlose Abstammungsüberprüfung eingeführt wird (dazu unter **F.III.**)<sup>390</sup>.

Folglich wird erneut über eine statusfolgenlose Feststellung der Abstammung diskutiert, sodass dies zwingend Einfluss auf die Überlegungen zur Ausgestaltung des Anfechtungsrechts haben muss.

Um eine Übersichtlichkeit zu gewährleisten, wird im Folgenden zunächst die abstammungsrechtliche Situation untersucht und erst im Zusammenhang mit der Erörterung der Zulässigkeit von heimlichen Vaterschaftstests der bestehende Zusammenhang geschlossen (unter **F**). In den folgenden Ausführungen darf dies jedoch nicht vernachlässigt werden. Die rechtliche Entwicklung in diesem Bereich schlägt sich zwingend auf das Abstammungsrecht nieder, da mit einer Feststellung der genetischen Abstammung (zumindest) eine Störung der gelebten Beziehung verbunden ist und das Argument des Schutzes der sozialen Familien insoweit an Bedeutung verliert.

---

<sup>387</sup> Vgl. OLG Köln NJW-RR 02, 4 (5); OLG Hamm FamRZ 99, 1365 (1365 f); ebenso OLG Düsseldorf FamRZ 03, 1578 (1579) inklusive der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BVerfG FamRZ 03, 816 (816 ff) zum Anfechtungsrecht des biologischen Vaters; vgl. aber auch OLG Stuttgart FamRZ 04, 1986 (1987) wonach ausnahmsweise eine Feststellungsklage möglich ist, wenn in Fällen mit Auslandsberührung nach dortigen (vorrangigem) Recht eine Vaterschaftsanerkennung trotz bestehender anderweitigen Vaterschaftsvermutung kraft Ehe zulässig ist.

<sup>388</sup> Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 59; Zöller/Philippi § 640 Rdn. 2.

<sup>389</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (820).

<sup>390</sup> Vgl. Tagesordnungspunkt 21 der 164. Sitzung der 15. Wahlperiode am 11.03.05; BT-Drucks 15/4727 S. 1 f; BR-Drucks 369/05 S. 1 ff; BR-Drucks 280/05 S. 1 ff - ausführlich zu all dem unter **F.III.**

#### **4) Verfassungskonforme Auslegung**

Bevor über einen möglichen Neuansatz nachzudenken ist, muss überprüft werden, ob die gesetzliche Lage mittels verfassungskonformer, weit ansetzender Auslegung geschlossen werden kann.

Mittels Interpretation des Tatbestandsmerkmals der sozial-familiären Beziehung erscheint dies hinsichtlich der Problematik des Beziehungserfordernisses im Zeitpunkt der Geburt möglich. Selbiges gilt für den Streit über das Wiederaufleben des Anfechtungsrechts (s.o.).

Bedenklich wird dies aber bei der Beendigung der sozial-familiären Beziehung mittels Tod des rechtlichen Vaters sowie bei der Problematik der Fristenregelung. Der eindeutige gesetzliche Wortlaut und die Absicht des Gesetzgebers sprechen insoweit gegen eine entsprechende Auslegung<sup>391</sup>.

Unabhängig davon kann mittels Auslegung ein dogmatischen Neuansatz nicht erreicht werden. Soweit daher über eine grundsätzliche Abänderung des statusrechtlichen Systems nachgedacht werden soll, ist ein neuartiger Ansatz unabdingbar.

#### **5) Ausblick - eigener Ansatz**

Um die oben aufgezeigten Unbilligkeiten zu vermeiden, die gegenläufigen Interessen zu einem Ausgleich zu bringen und ein modernes Abstammungssystem zu verwirklichen, ist eine angemessene Reform nötig.

Ein sinnvoller Ansatz ist die folgend vorgestellte Neukonzeption.

Als wesentliche Änderung zur geltenden Gesetzeslage gibt der Entwurf dem biologischen Vater die Möglichkeit, seine genetische Vaterschaft feststellen zu lassen.

Um den Schutz der sozialen Familie zu gewährleisten, bedeutet dies aber noch nicht die Erlangung der rechtlichen Vaterschaft. Letzteres ist, wie nach geltendem Recht, an eine erfolgreiche Vaterschaftsanfechtung und Abänderung geknüpft.

Darüber hinaus ist die Anfechtung durch den biologischen Vater dahingehend modifiziert, als dem rechtlichen Vater die Möglichkeit eröffnet wird, das Kind qualifiziert anzuerkennen. Soweit dafür die nötigen Voraussetzungen vorliegen, führt dies dazu, dass der biologische Vater zwar als Erzeuger anerkannt wird, aber damit keine Rechte und Pflichten erlangt.

Des Weiteren verändert der Entwurf die Dauer des Anfechtungsrechts und schafft diesbezüglich eine eigenständige Sonderregel, die auch explizit ein Wiederaufleben des Anfechtungsrechts beinhaltet.

Im Folgenden wird zunächst überblicksweise der Entwurf dargestellt und anschließend anhand einzelner Abschnitte erläutert.

---

<sup>391</sup> Inwieweit der Wortlaut der Norm eine Grenze der Auslegung darstellt bzw. eine Rechtsfortbildung zulässig ist, vgl. je m.w.N. Larenz/Wolf § 4 II und III sowie Jarass/Pieroth Art. 20 Rdn. 34.

**§ 1600 - alternativ:**

*I - unverändert;*

*II - alternativ:*

- (1) Das Anfechtungsrecht nach I Nr. 2 setzt voraus, dass der Anfechtende der leibliche Vater des Kindes ist.*
- (2) Soweit die leibliche Vaterschaft des Anfechtenden nachgewiesen wird, ist er zum biologischen Vater zu erklären (biologischer Vater).*
- (3) Eine Änderung der rechtlichen Vaterstellung bleibt ausgeschlossen, wenn der Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 erklärt, dass er mit dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung fortsetzt oder anstrebt und er die Vaterschaft des Kindes rechtlich bestätigt (qualifizierte Anerkenntniserklärung).*
- (4) Soweit die qualifizierte Anerkenntniserklärung bereits zum Zeitpunkt der Geburt abgegeben wird, setzt diese voraus, dass der Erklärende in einer gefestigten sozial-familiären Beziehung mit der Mutter lebt.*
- (5) Von einer gefestigten sozial-familiären Beziehung zwischen Erklärendem und der Mutter ist in der Regel auszugehen, wenn der Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder mit ihr längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt.*
- (6) Bei späterer Abgabe setzt die qualifizierte Anerkenntniserklärung voraus, dass der Erklärende tatsächliche Verantwortung für das Kind übernimmt und in der Zeit vor der Erklärung sich zwischen ihm und dem Kind eine fortbestehende sozial-familiäre Beziehung entwickelt hat.*
- (7) Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung liegt in der Regel vor, wenn der Erklärende mit dem Kind dauerhaft in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt.*
- (8) Die qualifizierte Anerkenntniserklärung bedarf der Zustimmung der Mutter, es sei denn, dass sich zwischen dem Kind und dem Vater im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 eine eigenständige, fortbestehende sozial-familiäre Beziehung entwickelt hat.*
- (9) Die Abgabe einer qualifizierten Anerkenntniserklärung ist nur im Zusammenhang mit einer Anfechtung nach Absatz 1 Nr. 2 zulässig.*
- (10) Sie ist weder durch den Erklärenden noch durch die zustimmende Mutter anfechtbar.*

*III - ersatzlos zu streichen;*

*IV - unverändert;*

*V - alternativ:*

- (1) Das Recht zur Abänderung der rechtlichen Vaterschaft durch den biologischen Vater lebt wieder auf, wenn die sozial-familiäre Beziehung des Kindes mit dem Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 innerhalb von zwei Jahren nach der qualifizierten Anerkenntniserklärung mittels Trennung oder Tod endet und das Kindeswohl nicht entgegensteht.*
- (2) Das Kindeswohl steht in der Regel entgegen, wenn das Kind über längere Zeit mit dem Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 in einer sozial-familiären Beziehung zusammengelebt hat.*

**§ 1600 b - alternativ:**

**§ 1600 b unverändert außer:**

*I (2) HS. 2 - ersatzlos zu streichen;*

*II a - alternativ:*

*Im Falle des § 1600 Absatz 5 beginnt die Frist, unabhängig von der Kenntnis, in dem Zeitpunkt der Abgabe der qualifizierten Anerkenntniserklärung und dauert vier Jahre.*

*II b - alternativ:*

*In den Fällen der Anfechtung nach § 1600 Absatz 1 Nr. 2 und Absatz 5 ist das Überschreiten der Fristen ausnahmsweise unerheblich, wenn ansonsten das Kindeswohl schwerwiegend beeinträchtigt wird.*

### **a) Einzelerläuterung zu § 1600 II - alternativ**

#### **aa) Voraussetzung der genetischen Vaterschaft: § 1600 II (1) - alternativ**

*(1) - Das Anfechtungsrecht nach I Nr. 2 setzt voraus, dass der Anfechtende der leibliche Vater des Kindes ist.*

Das Erfordernis der genetischen Vaterschaft des Anfechtenden bleibt, wie die Festlegung der Anfechtungsberechtigung nach § 1600 I BGB, unverändert (§ 1600 II (1) - alternativ).

#### **bb) Bestätigung der biologischen Vaterschaft: § 1600 II (2) - alternativ**

*(2) - Soweit die leibliche Vaterschaft des Anfechtenden nachgewiesen wird, ist er zum biologischen Vater zu erklären (biologischer Vater).*

#### **aaa) Ausgangspunkt**

Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass mittels der geltenden Gesetzeslage eine Vaterschaft festgesetzt wird, die oftmals nicht der Realität entspricht. Dies wird mit dem Schutz der sozialen Familie begründet und übersehen, dass dies langfristig regelmäßig eine Illusion ist. Die Wahrheit wird unterbunden und damit „emotionale Zeitbomben geschaffen, die noch nach Jahren der vermeintlich geschützten Familie ein jähes Ende bescheren können“<sup>392</sup>. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Behauptung einer anderweitigen Vaterschaft faktisch kaum vermeidbar ist und dies stets zu Zweifel und zu einer Störung der sozialen Familie führt.

Meiner Ansicht nach ist ein anderer Lösungsansatz vorzuziehen. Dem berechtigten Interesse des Kindes und des biologischen Vaters an Kenntnis ihrer genetischen Verbundenheit ist nachzukommen. Dies wird dadurch gewährleistet, dass - als Gegenstück zu dem Auskunftsanspruch des Kindes gegen seine Mutter hinsichtlich seiner Abstammung<sup>393</sup> (verbunden mit dem eigenen Anfechtungsrecht) - dem biologischen Vater ein Recht auf Feststellung der genetischen Vaterschaft eingeräumt wird. Dem kommt § 1600 II (2) BGB - alternativ nach, indem er bei jeder Anfechtung durch den biologischen Vater dessen genetische Vaterschaft bestätigt.

Dadurch wird Ehrlichkeit und Offenheit gewahrt und dem Kind von Anfang die Möglichkeit geboten, in Kenntnis der familiären Lage aufzuwachsen. Ferner wird dem Kind die Gefahr genommen, mit einer Lebenslüge erst nach Jahren konfrontiert zu werden.

#### **bbb) Das Entweder-Oder-Verhältnis der Vaterschaft**

Insbesondere wird bisher fälschlicherweise von der Prämisse ausgegangen, dass zwischen der rechtlichen und der biologischen Vaterschaft in diesen Fällen ein Verhältnis des Entweder-Oder besteht. Richtigerweise können diese Statusverhältnisse nebeneinander existieren<sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> So Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 14; zustimmend Roth NJW 03, 3153 (3155).

<sup>393</sup> Auskunftsanspruch aus § 1618 a BGB i.V.m. Art. 1 und 2 GG, soweit nicht der Schutz der Intimsphäre der Mutter überwiegt; vgl. Palandt/Diederichsen Einf. v. 1591 Rdn. 2f m.w.N; BVerfG FamRZ 89, 255 (255 ff); vgl. umfassend dazu Meyer S. 21 ff.

<sup>394</sup> Ähnlich auch Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 14, Einl. §§ 1589 ff Rdn. 31, wobei Rdn. 81 dort nicht missverstanden werden darf, da dort nur festgehalten wird, dass rein *biologisch* niemand Kind zweier Väter sein kann; Coester DEuFamR 99, 3 (6); ders. JZ 92, 809 (811); Ernst S. 177; ebenso die Befürworter einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage, da damit neben der rechtlichen Vaterschaft die genetische Vaterschaft festgeschrieben wird, vgl. oben die vielfachen Nachweise bei **C.II.3**; so insb. Giesen Rdn. 508, wonach eine rein ideelle zweite Vaterschaft für unproblematisch angesehen wird; ebenso ders. in JZ 89, 364 (369); vgl. auch die Gedanken von Frank StAZ 03, 129 (131), wonach die genetische Abstammung vom Status zu trennen sei.

Dem biologischen Vater ist daher die genetische Abstammung zuzusprechen. Dies muss jedoch nicht zwingend dazu führen, dass ihm auch die väterlichen Rechte und Pflichten einzuräumen sind. Diese können vielmehr weiterhin vom Kindeswohl und dem Schutz der sozialen Familie abhängen. Dies wird dadurch gewährleistet, als dem biologischen Vater zunächst nur die Feststellung der genetischen Vaterschaft ermöglicht wird.

### **ccc) Ansicht des BVerfG**

In diese Richtung weist auch die Rechtsprechung des BVerfG<sup>395</sup> zum Umgangsrecht der biologischen Väter und die darauf ergangene gesetzliche Umsetzung in § 1685 II BGB (dazu unter **D.II.2**). Demnach kann dem biologischen Vater - nach der gesetzgeberischen Umsetzung unabhängig von der Feststellung seiner Vaterschaft - ein Umgangsrecht eingeräumt werden, sodass er gegenüber dem Kind neben dem rechtlichen Vater in Erscheinung tritt. Regelmäßig wird es in diesen Fällen, zumindest im Laufe der Zeit, wohl zu einer Aufdeckung der genetischen Verwandtschaftsverhältnisse kommen. Der Ansatz eines Entweder-Oder-Verhältnisses wird damit jedenfalls faktisch durchbrochen.

Noch bedenklicher war insoweit ein abweichender Reformvorschlag des Bundesrates, welcher die Erweiterung des Umgangsrechts nicht auf alle engen Bezugspersonen erstrecken wollte, sondern explizit *nur* auf *leibliche* Väter vorgeschlagen hat<sup>396</sup>. Nach diesem Ansatz hätte aber die leibliche Vaterschaft diesbezüglich festgestellt werden müssen und es wäre damit - ohne kritische Auseinandersetzung - eine parallele Vaterschaft einfachgesetzlich eingeführt und mit Rechten versehen worden.

### **ddd) Vergleichbare Ansätze**

Dass eine derartig (gestufte) doppelte Vaterschaft rechtlich möglich und zulässig ist, belegen umfangreiche Diskussionen im Abstammungsrecht.

Insbesondere im Rahmen der bereits erwähnten, vom BVerfG vorgeschlagenen, isolierten Abstammungsfeststellungsklage käme es zwangsläufig zu einer doppelten Vaterschaft<sup>397</sup>.

Aber auch im Adoptionsrecht ist die Zweigleisigkeit der Elternschaft durchaus bekannt<sup>398</sup>. Kraft Adoption wird die biologische Elternschaft an sich nicht bestritten. Offen bleibt lediglich, inwieweit die Adoptiveltern das Kind über die Abstammung aufklären<sup>399</sup>. Ebenso ist bereits nach geltendem Recht die Vaterschaftsfeststellung *nach* Drittadoption des Kindes zulässig, ohne dass damit eine Zuordnungsänderung hinsichtlich der Adoptiveltern verbunden ist<sup>400</sup>. Dies kann demzufolge auf die vorliegende Situation übertragen werden<sup>401</sup>.

---

<sup>395</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (822 ff).

<sup>396</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 15.

<sup>397</sup> Vgl. insoweit BVerfG FamRZ 89, 255 (259) und BVerfG FamRZ 94, 881 (882 f); mit dem Vorschlag einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage; dazu auch die vielfachen ablehnenden und zustimmenden Literaturauffassungen in FbN. 371.

<sup>398</sup> Vgl. Coester-Waltjen Jura 89, 520 (522); dies. FamRZ 92, 369 (372); - kritisch gegen eine solche Argumentation Gaul G.u.G. S. 34 f.

<sup>399</sup> Vgl. insoweit Soergel/Liermann § 1755 Rdn. 9, Vor. § 1741 Rdn. 35; MüKo § 1758 Rdn. 9.

<sup>400</sup> Staudinger/Rauscher § 1755 Rdn. 15 ff; MüKo § 1755 Rdn. 17; Erman/Saar § 1755 Rdn. 7; Soergel/Liermann § 1755 Rdn. 9, Vor. § 1741 Rdn. 34; Stein/Jonas/Schlosser § 640 Rdn. 17; MüKo zur ZPO/Coester-Waltjen § 640 Rdn. 9; BT-Drucks 7/5087 S. 16; Gernhuber/Coester-Waltjen § 68 IX 3; Reinke S.78; so insb. OLG Celle DAVorm 80, 940 (942); OLG Hamm FamRZ 99, 1365 (1366); OLG Karlsruhe FamRZ 75, 507 (508); vgl. auch LG Stuttgart FamRZ 78, 147 (147 f); OLG Stuttgart FamRZ 80 497 (497 f); vgl. auch Coester JZ 92, 809 (811); Edenfeld FuR 96, 190 (195); Muscheler/Bloch FPR 02, 339 (346); dies kritisierend Frank StAZ 03, 129 (131).

<sup>401</sup> Coester JZ 92, 809 (811); Edenfeld FuR 96, 190 (195); Muscheler/Bloch FPR 02, 339 (346); vgl. auch Coester-Waltjen Jura 89, 520 (522); dies. FamRZ 92, 369 (372); - dazu kritisch Frank/Arens S. 66 f und Helms S. 129; - gegen eine derartige Argumentation Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 81; Rauscher Rdn. 757 FbN. 5; Soergel/Gaul (Nachtragsband zur 12. Lieferung) § 1593 Rdn. 19 e; Gaul G.u.G. S. 34 f.

Dass eine Zweigleisigkeit von väterlichen Bezugspersonen nicht gänzlich abzulehnen ist, zeigt auch § 1687 b BGB, wonach dem Stiefvater neben dem rechtlichen Vater das sogenannte „kleine Sorgerecht“ zukommen kann. Entsprechendes ist ebenso im Verhältnis zwischen biologischem und rechtlichem Vater denkbar<sup>402</sup>, wobei die Situation vorliegend insoweit noch entschärft ist, da dem biologischen Vater gegebenenfalls keinerlei Rechte eingeräumt werden.

### **eee) Ergebnis**

Anders als nach geltender Rechtslage, welche nur die rechtliche Vaterschaft kennt, schafft der Reformvorschlag daher ein abgestuftes System:

Soweit kein Dritter die biologische Vaterschaft für sich beansprucht, verbleibt es bei der Vaterschaftszuordnung nach § 1592 BGB.

Gelingt es einem Dritten seine genetische Vaterschaft nach § 1600 II (2) - alternativ nachzuweisen, tritt er in dieser Funktion neben den rechtlichen Vater. Für letzteren bedeutet das jedoch noch keinen Verlust seiner Vaterstellung, da diese nach der Neukonzeption autark ist. Eine Änderung der rechtlichen Vaterschaft tritt erst ein, wenn diese erfolgreich angefochten und abgeändert wird. Ob die Vaterschaft wirksam angefochten werden kann, richtet sich nach dem Schutz der sozialen Familie und dem Kindeswohl. Dies entspricht dem Gedanken der geltenden Gesetzeslage. Insoweit kann an § 1600 II BGB angeknüpft, der dortige Regelungsmechanismus übernommen und wie folgt verbessert werden.

### **cc) Erfordernis der qualifizierten Anerkenntniserklärung: § 1600 II (3) - alternativ**

*(3) - Eine Änderung der rechtlichen Vaterstellung bleibt ausgeschlossen, wenn der Vater im Sinne von Absatzes 1 Nr. 1 erklärt, dass er mit dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung fortsetzt oder anstrebt und er die Vaterschaft des Kindes rechtlich bestätigt (qualifizierte Anerkenntniserklärung).*

### **aaa) Qualifizierte Zuordnung**

Die Abänderung der rechtlichen Vaterschaft ist nach § 1600 II (3) - alternativ ausgeschlossen, wenn der rechtliche Vater eine qualifizierte Anerkenntniserklärung abgibt. Mit dieser bestätigt er seine rechtliche Vaterschaft mit der Konsequenz, dass ihm dadurch das Kind - für ihn unanfechtbar (siehe Satz 10, dazu sogleich) - zugeordnet wird.

Um ihn über die Folgen dieser Entscheidung aufzuklären, wäre vorab eine - noch näher zu regelnde - Beratungspflicht sinnvoll.

Mittels dieser Erklärung übernimmt er bewusst weiterhin und in Kenntnis seiner mangelnden genetischen Vaterschaft alle Rechte und Pflichten für das Kind. Dadurch bringt er zum Ausdruck, dass er die volle soziale und rechtliche Verantwortung für das Kind übernehmen will. Dies stellt sich auch als Gegenstück zu seinem eigenen Vaterschaftsanfechtungsrecht nach § 1600 I Nr. 1 BGB dar.

Darüber hinaus bietet es für das Kind Gewissheit, dass der rechtliche Vater für es Verantwortung übernimmt und sich bewusst für die Vaterrolle entscheidet. Dieses Bekenntnis ist für das soziale Verhältnis zwischen Kind und rechtlichen Vater von immenser Bedeutung, da damit zum Ausdruck kommt, dass der rechtliche Vater das Kind nicht nur duldet, sondern als sein eigenes anerkennt.

---

<sup>402</sup> Vgl. dazu die Argumentation v. Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 31; Roth NJW 03, 3153 (3157);

### **bbb) Bestätigung der Prognose**

Von der Erklärung explizit beinhaltet ist die Aussage, dass „er mit dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung fortsetzt oder anstrebt“.

Diese Anforderungen begründen sich im Wesentlichen aus der grundrechtlichen Abwägungsentscheidung. Nach Ansicht des BVerfG soll die Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater ausgeschlossen sein, wenn der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater entgegensteht. Das Problem an dieser Aussage besteht darin, dass im Zeitpunkt der Geburt eine sozial-familiäre Beziehung zwischen diesen noch nicht existiert und sich erst in Zukunft entwickeln kann (siehe unter **C.II.1.e.cc.aaa**).

Folglich handelt es sich im Grunde nach um eine Prognoseentscheidung<sup>403</sup>. Da die Entwicklung weitgehend von der Entscheidung des rechtlichen Vaters und der Mutter abhängt, ist es vorteilhaft, diese Entscheidung dem rechtlichen Vater bewusst zu machen und rechtlich zu fixieren. Soweit der rechtliche Vater dies bestätigt, kann erwartet werden, dass eine schützenswerte soziale Beziehung zwischen den Beteiligten besteht und für die Zukunft regelmäßig bestandskräftig bleiben wird.

Aus den gleichen Gründen ist auch grundsätzlich die Zustimmung der Mutter erforderlich (Satz 8 - dazu sogleich).

### **dd) Voraussetzungen der qualifizierten Anerkenntniserklärung: § 1600 II (4-7) - alternativ**

*(4) - Soweit die qualifizierte Anerkenntniserklärung bereits zum Zeitpunkt der Geburt abgegeben wird, setzt diese voraus, dass der Erklärende in einer gefestigten sozial-familiären Beziehung mit der Mutter lebt.*

*(5) - Von einer gefestigten sozial-familiären Beziehung zwischen Erklärenden und der Mutter ist in der Regel auszugehen, wenn der Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder mit ihr längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt.*

*(6) - Bei späterer Abgabe setzt die qualifizierte Anerkenntniserklärung voraus, dass der Erklärende tatsächliche Verantwortung für das Kind übernimmt und in der Zeit vor der Erklärung sich zwischen ihm und dem Kind eine fortbestehende sozial-familiäre Beziehung entwickelt hat.*

*(7) - Eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung liegt in der Regel vor, wenn der Erklärende mit dem Kind dauerhaft in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt.*

Die Voraussetzungen der Anerkenntniserklärung finden sich in Satz 4 und Satz 6, die danach differenzieren, ob sie im Zeitpunkt der Geburt des Kindes oder danach abgegeben wird. Dazugehörige Regelvermutungen finden sich in den Sätzen 5 und 7.

Im Gegenzug dazu kann § 1600 II BGB ersetzt und § 1600 III BGB aufgehoben werden.

### **aaa) Anerkenntniserklärung im Zeitpunkt der Geburt**

„Soweit die qualifizierte Anerkenntniserklärung bereits zum Zeitpunkt der Geburt abgegeben wird, setzt diese voraus, dass der Erklärende in einer gefestigten sozialen Beziehung mit der Mutter lebt“ (Satz 4).

Mittels dieser Regelung soll erreicht werden, dass die familiäre Bindung zwischen der Mutter und dem rechtlichen Vater von derartigem Gewicht ist und deren Fortbestand erwartet werden kann. Nur in diesem Fall muss das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters zurücktreten, da in dieser Konstellation das Wohl des Kindes, in einer familiären Beziehung aufzuwachsen,

---

<sup>403</sup> So auch Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn.43.

vorrangig ist. Von einer gefestigten sozialen Beziehung kann in der Regel ausgegangen werden, wenn der rechtliche Vater mit der Mutter des Kindes verheiratet ist oder mit ihr längere Zeit (dazu s.o. **C.I.1.c.bb.bbb**) in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt (Satz 5). Anderenfalls ist der Vaterschaftsabänderung stattzugeben, da der rechtliche Vater, mangels ausreichender Gemeinschaft mit der Mutter, keine vorrangige soziale Vaterstellung einnimmt und das Kindeswohl eine Vaterschaft von ihm nicht erfordert. Insbesondere liegt in diesem Zeitpunkt auch noch keine eigenständige Beziehung zum Kind vor, was eine andere Entscheidung rechtfertigen könnte.

**bbb) Anerkennniserklärung zu einem späteren Zeitpunkt**

Soweit die qualifizierte Anerkennniserklärung nicht schon im Zeitpunkt der Geburt abgegeben wird, „setzt sie voraus, dass der Erklärende tatsächliche Verantwortung für das Kind übernimmt und in der Zeit vor der Erklärung sich zwischen ihm und dem Kind eine fortbestehende sozial-familiäre Beziehung entwickelt hat“ (Satz 6).

Diese weitere Einschränkung ist nötig, da der Ausschluss des Anfechtungsrechts des biologischen Vaters nur gerechtfertigt ist, wenn dies der Schutz einer familiären Gemeinschaft erfordert. Der Schutz ist jedoch nur berechtigt, wenn zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind eine aktuelle, sich fortsetzende sozial-familiäre Beziehung vorhanden ist. Diesbezüglich greift die Regelvermutung nach Satz 7, wonach eine solche anzunehmen ist, wenn der Erklärende mit dem Kind dauerhaft in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebt.

Das Abstellen auf die Beziehungsentwicklung begründet sich damit, dass eine Anerkennung auch in näherer Zeit nach der Geburt erfolgen kann und diesbezüglich sich eine Bindung zwischen rechtlichen Vater und Kind noch nicht verfestigen konnte. Für derartige Situationen ist auch deren Entwicklung geschützt, wobei insoweit die Stabilität der Beziehung zwischen Mutter und rechtllichem Vater nach den Grundsätzen des Satzes 4 zu berücksichtigen ist. Dies bedeutet, dass in der Zwischenphase, in der sich eine Beziehung zum Vater erst entwickelt, diese noch nicht eigenständig geschützt ist, sondern ihren Schutz zusätzlich aus der Existenz einer vollständigen Familie im Sinne des Satzes 4 herleiten muss.

**ee) Einschränkungen der Anerkennnismöglichkeit: § 1600 II (8-10) - alternativ**

*(8) - Die qualifizierte Anerkennniserklärung bedarf der Zustimmung der Mutter, es sei denn, dass sich zwischen dem Kind und dem Vater im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 eine eigenständige, fortbestehende sozial-familiäre Beziehung entwickelt hat.*

*(9) - Die Abgabe einer qualifizierten Anerkennniserklärung ist nur im Zusammenhang mit einer Anfechtung nach Absatz 1 Nr. 2 zulässig.*

*(10) - Sie ist weder durch den Erklärenden noch durch die zustimmende Mutter anfechtbar.*

Damit der Fortbestand der bestehenden sozial-familiären Beziehung zwischen Mutter, Kind und rechtllichem Vater auch von Seiten der Mutter sichergestellt ist, bedarf die qualifizierte Anerkennung grundsätzlich der Zustimmung der Mutter (Satz 8 HS. 1). Nur in derartigen Fällen des Einverständnisses von Mutter und rechtllichem Vater besteht eine hinreichend sichere Prognose des Fortbestands der sozial-familiären Familie.

Eine Sonderregel stellt Satz 8 HS. 2 dar. Demzufolge ist die Zustimmung der Mutter ausnahmsweise entbehrlich, wenn eine fortbestehende sozial-familiäre Beziehung zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind bereits besteht. Soweit tatsächlich eine derartige Bindung vorliegt, ist diese aus sich heraus schützenswert und darf nicht von der Mitwirkung der Mutter abhängen. Relevant ist dies nur im Zusammenhang mit einer qualifizierten Anerkennniserklärung, welche nicht bereits im Zeitpunkt der Geburt abgegeben wird, da es zu diesem Termin stets an einer solchen Bindung fehlt (s.o.). Schützenswert sind demnach nur bestehende soziale Beziehungen, in denen der rechtliche Vater die Elternrolle weiterhin aktiv



ausübt. Zu denken ist insbesondere an Fälle, in denen die Mutter vom rechtlichen Vater und Kind getrennt lebt oder sogar verstorben ist und das Kind beim rechtlichen Vater aufwächst.

Satz 9 stellt klar, dass „die Abgabe einer qualifizierten Anerkenntniserklärung nur im Zusammenhang mit einer Anfechtung zulässig ist.“ Dies hat den Zweck, die Abgabe nur zu einem Zeitpunkt zu ermöglichen, in welchem wegen der Vaterschaftsanfechtung die Divergenz zwischen rechtlicher und genetischer Vaterschaft erkennbar ist. Dadurch soll erreicht werden, dass der rechtliche Vater, insbesondere in Fällen der Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB, nicht vorschnell und unabhängig von einer Vaterschaftsanfechtung zugleich eine qualifizierte Anerkenntniserklärung abgibt. Diesbezüglich besteht nämlich die Gefahr, dass er in diesem Augenblick mit seiner fehlenden genetischen Vaterschaft nicht rechnet und leichtfertig auf sein eigenes Vaterschaftsanfechtungsrecht (endgültig - Satz 10) verzichtet. Ferner stellt die qualifizierte Anerkenntniserklärung weitere materielle Anforderungen (s.o. Satz 4-7) auf, die sich allein aus der Kollision der Vaterschaftsansprüche rechtfertigen. Auch ist die Abgabe zu einem früheren Zeitpunkt nicht erforderlich, da er als rechtlicher Vater die Rechte und Pflichten für das Kind bereits vollumfänglich trägt.

Nach Satz 10 ist im Interesse von Statussicherheit und Statusklarheit die qualifizierte Anerkennungserklärung weder durch den Anerkennenden noch durch die zustimmende Mutter anfechtbar. Soweit die Zustimmung der Mutter entbehrlich war (s.o.), kann mangels Mitwirkung ihr eigenes Anfechtungsrecht dagegen nicht beschränkt werden.

Im Interesse des Kindeswohls bleibt dagegen eine Anfechtung durch das Kind weiterhin möglich. Dies betrifft insbesondere Fälle, in denen das Kind selbst die Zuordnung der Vaterschaft ablehnt oder von sich aus dem biologischen Vater zugeordnet werden möchte.

## **ff) Entkräftung möglicher Bedenken**

Da die getroffene Entscheidung aus einer Abwägung gegensätzlicher Interessen resultiert, müssen einige Aspekte im Interesse anderer eingeschränkt werden. Dies ruft selbstverständlich Ansatzpunkte für Kritik hervor. Im Folgenden wird demgemäß darauf eingegangen und die Abwägungsentscheidung gerechtfertigt.

### ***aaa) Bedenken***

Zunächst sind daher die sich ergebenden Bedenken näher zu betrachten und auf ihre Werthaltigkeit zu untersuchen.

#### ***aaaa) Doppelte Vaterschaft***

Die zwangsläufig aufkommende Kritik hinsichtlich einer doppelten Vaterschaft ist vom Ansatz her zunächst nachvollziehbar, kann aber die damit verbunden Vorteile nicht überwiegen. Wie bereits in der Einzelbegründung dargestellt (s.o.), bietet der Ansatz eine angemessene Lösung. Insbesondere trifft er den Kern der Problematik, da gerade eine tatsächliche Divergenz von rechtlicher und genetischer Vaterschaft besteht.

#### ***bbbb) Überspannung der Bereitschaft des rechtlichen Vaters***

Der Ausgestaltung kann entgegengehalten werden, dass dadurch das Verständnis und die Bereitschaft des rechtlichen Vaters überspannt werde. Das Kind aus einer Untreue der Frau derart qualifiziert anzuerkennen, erfordert von dem rechtlichen Vater ein erhöhtes Maß an Entgegenkommen. Eingewandt werden kann, dass betroffene Väter in solchen Situationen das Kind zwar dulden könnten, aber oftmals nicht bereit sein werden, sich derart positiv zu dem Kind zu bekennen. Allerdings überwiegt in dieser Situation das Interesse des Kindes. Ein unerschwellig fortdauernder oder aufgeschobener Konflikt geht zum Nachteil des Kindes.

Eine klare Entscheidung ist demzufolge vorzuziehen, auch wenn dies in manchen Fällen zu einer Störung der sozialen Familie führt.

Dem bisherigen rechtlichen Vater werden dabei ausreichende Lösungsmöglichkeiten geboten. Er kann die qualifizierte Anerkennungserklärung abgeben und rechtlich weiterhin als Vater des Kindes Verantwortung zeigen. Ebenso bleibt es ihm unbenommen, dies bewusst abzulehnen und dem biologischen Vater die rechtliche Verfestigung seiner Vaterposition zu ermöglichen. Dies muss jedoch nicht unbedingt zu einem Bruch der sozialen Familie führen. Unabhängig davon kann er die soziale Familie zu Mutter und Kind, als Partner und Stiefvater, aufrechterhalten. Begleitend dazu kann daran gedacht werden, die Regelung des § 1687 b BGB zu erweitern und dem vorherigen rechtlichen Vater, der mit dem Kind und der Mutter eine fortdauernde soziale Familie bildet, unabhängig von einer Ehe, erweiterte „Stiefvaterrechte“ einzuräumen<sup>404</sup>.

Soweit sich dagegen der rechtliche Vater nicht zur qualifizierten Übernahme der Verantwortung bekennt, aber auch nicht die rechtliche Vaterschaft des Erzeugers - unter Beibehaltung der sozialen Familie zur Mutter und zum Kind - zulassen kann, bestehen fortdauernde Spannungen. Daraus ergibt sich die gesteigerte Gefahr des Scheiterns der Beziehung. Zusätzlich wird die Wahrheit zum Nachteil des Kindes unterbunden, was sich insbesondere bei einer späteren Beziehungsbeendigung evident auswirken kann. Dies rechtfertigt es, das Interesse des Kindes anders zu gewichten.

#### *cccc) Häufung der Vaterschaftsabänderungen*

Dem System kann ferner vorgehalten werden, dass eine Vielzahl der rechtlichen Väter die Anerkennung der Kinder ablehnen könnte. Soweit das als bedenklich angesehen wird, ist darauf hinzuweisen, dass dies vielmehr gegen das geltende System spricht, welches die Vaterschaft derartig unerwünscht zuordnet.

Die Gefahr eines Anstiegs von Beziehungsbeendigungen ist demzufolge hinzunehmen. Letztlich wird dies aber nicht durch die gesetzliche Ausgestaltung, sondern durch den Seitensprung selbst ausgelöst. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob ein derartiger Anstieg überhaupt zu verzeichnen sein wird, da die Beziehungsbeendigung regelmäßig durch die Behauptung anderweitiger Vaterschaft verursacht wird. Diese ist aber ebenso nach geltender Rechtslage faktisch kaum zu verhindern, sodass in Streitfällen auch bisher eine Gefahr für die Beziehung besteht.

#### *dddd) Gefahr der übertriebenen Störung von Beziehungen*

Dem alternativen Lösungsvorschlag kann demgemäß nicht entgegengehalten werden, dass mit dem Nachweis der genetischen Abstammung und dem Erfordernis der qualifizierten Anerkenniserklärung eine Störung und ein Eingriff in die sozial-familiäre Beziehung begründet wird. Ein solches Argument besteht nur oberflächlich und muss darüber hinaus auch im Rahmen der Abwägung zurücktreten. Die Störung der sozial-familiären Beziehung tritt bereits mit der Zeugung des Kindes außerhalb der Beziehung ein und wird insbesondere durch die - kaum verhinderbare - Behauptung der Vaterschaft durch einen anderen Mann verfestigt. Ein derartiges Konfliktfeld liegt daher schon im Zeitpunkt der Klage vor. Ausreichenden Schutz vor Anfechtungen „ins Blaue“ hinein bietet, wie auch nach derzeitiger Rechtslage, § 1600 I Nr. 2 BGB mit der Anforderung einer eidesstattlichen Versicherung hinsichtlich der Beibehaltung der Mutter während der Empfängniszeit.

---

<sup>404</sup> § 1687 b BGB wäre in seinem Anwendungsbereich auf „ehemalige“ rechtliche Väter zu erweitern, soweit sie weiterhin mit der Mutter und dem Kind in einer sozial-familiären Beziehung stehen. Darüber hinaus kann über eine Ausdehnung der dortigen Rechtsmacht nachgedacht werden.

Dass es mit der Beteiligung des biologischen Vaters zu Spannungen mit der Mutter kommen kann, liegt der Situation selbst zugrunde, da die Konsensbereitschaft von nicht oder nicht mehr zusammenlebenden Eltern stets ein Konfliktpotential aufweist. Dies allein kann das Elternrecht des Vaters aber nicht vollumfänglich ausschließen, sondern bedarf allenfalls einer Korrektur der elterlichen Rechte auf sekundärer Ebene.

#### *eeee) Gefahr des Einflusses der Unterhaltslast*

Des Weiteren könnte kritisch gesehen werden, dass es Fälle geben könnte, in denen die qualifizierte Anerkenniserklärung bewusst nicht abgegeben wird, um den biologischen Vater als Unterhaltsschuldner zu verpflichten, ohne zu beabsichtigen, ihn als Vater des Kindes miteinzubeziehen. Zwar erhält dieser damit die rechtliche Vaterschaft, wobei aber nicht übersehen werden darf, dass die Mutter dessen Sorgerechtserlangung nach § 1626 a BGB verhindern kann. Dem ist aber entgegenzusetzen, dass der rechtliche Vater seine Rechte und Pflichten vollständig abgibt und auch die Mutter einer gewissen Einflussnahme ausgesetzt wird. Dies dürfte in der Regel ausreichen, einen derartigen Missbrauch zu unterbinden. Ferner liegt die aufgeworfene Problematik vorwiegend in der umstrittenen Regelung des § 1626 a BGB, die ihrerseits dringend reformbedürftig ist (dazu unter **E.II.1**).

#### **bbb) Vorzüge**

Darüber hinaus werden diese Bedenken durch die Vorzüge des Systems überwogen.

#### *aaaa) Stärkung von Offenheit, Klarheit und Wahrheit*

Einen Vorteil dieser Regelung bietet die damit verbundene Klärung der Lage. Allen Beteiligten wird die Realität vor Augen geführt und die Konsequenz ihrer Entscheidungen verdeutlicht. Meines Erachtens bringt es nichts, das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters allein von dem Bestehen einer sozial-familiären Beziehung abhängig zu machen. Soweit es zu Vaterschaftsbehauptung und Vaterschaftsanfechtung kommt, tritt in der Regel eine Störung der sozial-familiären Beziehung ein. Dem Kind den biologischen Vater vorzuenthalten und gleichzeitig den rechtlichen Vater seine fehlende genetische Verwandtschaft vorzuführen, bringt für das Kind regelmäßig mehr Nachteile als Vorteile. Dem rechtlichen Vater wird aus seiner Sicht ein fremdes Kind untergeschoben, sodass es in einer Vielzahl von Fällen zu einem Bruch mit der Mutter und dem Kind kommen wird.

#### *bbbb) Vermeidung von Folgestreitigkeiten*

Auch aus diesem Grunde verhindert eine derartige Regelung oftmals Folgestreitigkeiten. Erlangt der rechtliche Vater - mittels Vaterschaftsbehauptung oder im Zusammenhang mit einer (wegen bestehender sozialen Familie) erfolglosen Anfechtungsklage - Kenntnis von seiner fehlenden genetischen Verbundenheit, wird er häufig selbst die Anfechtungsklage erheben. Dem Kind wird dadurch der biologische Vater als rechtlicher Vater (zumindest zunächst) vorenthalten und der ursprüngliche rechtliche Vater nachträglich entzogen. Einfacher sowie zeitlich kürzer und damit für das Kind schonender ist die Lösung dieser Problematik im Rahmen *eines* Anfechtungsverfahrens. Der rechtliche Vater kann sich mittels qualifizierter Anerkenniserklärung entscheiden, ob er die rechtliche Vaterschaft behalten will oder die Anfechtung ermöglicht.

#### *cccc) Miteinbeziehung des rechtlichen Vaters*

Dieser Mechanismus schützt ferner den rechtlichen Vater, der sich nach geltendem Recht nur mittels eigenständiger Vaterschaftsanfechtungsklage seinen rechtlichen Vaterpflichten entziehen kann. Bei dem Erfordernis der qualifizierten Anerkenniserklärung ist er indessen, hinsichtlich des Fortbestands der Pflichten, durch seine Einverständnissvoraussetzung geschützt. Das vorgeschlagene Konzept bietet demzufolge den Vorteil, dass es den

rechtlichen Vater in die Problematik miteinbezieht und es ihm frei stellt, die qualifizierte Anerkenniserklärung abzugeben. Soweit er dies tut, bekennt er sich klar zu dem Kind und der Beziehung zu der Mutter. In diesem Fall ist aus Gesichtspunkten des Kindeswohls seine Vaterschaft und die soziale Beziehung schützenswert. Lehnt er dagegen die Abgabe einer solchen Erklärung ab, distanziert er sich, sodass die Erlangung der rechtlichen Vaterstellung durch den biologischen Vater zu befürworten ist. Dem Kind wird somit in jedem Fall ein Vater zugeordnet, der sich bewusst für die Vaterschaft entschieden hat.

#### *dddd) Flexibilität des Systems*

Die hier vorgeschlagene Lösung bietet zudem den Vorteil eines flexibleren Systems.

Dem rechtlichen Vater bleibt die Möglichkeit, das Kind qualifiziert anzuerkennen und die rechtliche Vaterschaft dadurch zu bestätigen, ebenso wie diese abzulehnen.

Als dritte Alternative, die nach der derzeitigen gesetzlichen Lage nicht per se vorgesehen ist, kommt ein Mittelweg in Betracht. Soweit der rechtliche Vater die Vaterschaft ablehnt, aber trotzdem mit der Mutter weiterhin zusammenleben will, wird er in der Regel mit dem Kind eine Beziehung aufbauen. Nach derzeitiger Gesetzeslage besteht dann grundsätzlich mit dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung, welche die Vaterschaftsanfechtung des biologischen Vaters verhindert. Flexibler ist dagegen der vorgebrachte Regelungsmechanismus. Der rechtliche Vater kann die qualifizierte Vaterschaft ablehnen und trotzdem mit der Mutter und dem Kind eine familiäre Beziehung pflegen. Dies ermöglicht dem biologischen Vater die Vaterschaftsanfechtung und die Erlangung der rechtlichen Vaterstellung. Dadurch wird die Gestaltung sogenannter „Patch-work-families“ ermöglicht, in der sich eine Vielzahl der unterschiedlichsten Familienbeziehungen wiederfinden (s.o.).

#### *eeee) Stärkung des Kindeswohls*

Zusätzlich fördert der Regelungsvorschlag das Kindeswohl. Das Kind erhält denjenigen Vater, der sich bewusst für die Vaterrolle entschieden hat. Im Gegensatz zum geltenden Recht wird die problematische Situation vermieden, dass der rechtliche Vater zwar eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind unterhält und damit die Vaterschaftsanfechtung ausschließt, sich aber nicht vollumfänglich um das „untergeschobene“ Kind bemüht. Diese Konstellation betrifft die Fälle, in denen der rechtliche Vater die Vaterschaft zwar nicht selbständig anfechtet, aber das Kind nur „duldet“, um den äußeren Schein zu wahren.

Ferner darf nicht übersehen werden, dass das Regelungskonzept nur eingreift, wenn der biologische Vater bereit ist, die volle Verantwortung für das Kind zu übernehmen. Da er nicht weiß, ob der rechtliche Vater sich zu dem Kind bekennt, kann und muss er stets damit rechnen, vollumfänglich die väterlichen Rechte und Pflichten zu erlangen. Eine ausschließlich darauf begrenzte, isolierte Feststellung der Abstammung ist nicht möglich (vgl. **D.II.4** und **F.IV.1.b.cc.aaa**). Damit wird sichergestellt, dass es zu einer Störung nur kommt, wenn ein verantwortungsübernahmebereiter biologischer Vater vorhanden ist.

Darüber hinaus wird dem Kindeswohl dergestalt gedient, als es dem Kind von Anfang an ermöglicht, in Kenntnis der familiären Lage aufzuwachsen. Dadurch kann, mittels Offenheit, insbesondere die Gefahr einer emotionalen Zeitbombe<sup>405</sup> vermieden werden (s.o.).

#### *ffff) Vereinfachung des Regelungssystems*

Ferner stellt dieses System zum Teil eine Vereinfachung dar. Soweit der rechtliche Vater die qualifizierte Anerkennungserklärung nicht abgibt, erledigt sich der Streit über das Bestehen der sozial-familiären Beziehung. In diesem Fall herrscht Rechtsklarheit dahingehend, dass die Anfechtung durch den biologischen Vater per se zulässig ist.

---

<sup>405</sup> Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 14.

### **ccc) Ergebnis**

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Vorzüge des Systems die Bedenken überwiegen. Diese können teils entkräftet werden oder müssen aufgrund der Kollisionslage zurücktreten. Soweit es zu einer derartigen Kollision von gegensätzlichen Rechten kommt, ist es unvermeidbar, dass im Rahmen einer Abwägung auch berechnigte Interessen zurückstehen.

### **b) Einzelerläuterung zu § 1600 V - alternativ**

*(1) - Das Recht zur Abänderung der rechtlichen Vaterschaft durch den biologischen Vater lebt wieder auf, wenn die sozial-familiäre Beziehung des Kindes mit dem Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 innerhalb von zwei Jahren nach der qualifizierten Anerkennniserklärung mittels Trennung oder Tod endet und das Kindeswohl nicht entgegensteht.*

*(2) - Das Kindeswohl steht in der Regel entgegen, wenn das Kind über längere Zeit mit dem Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 in einer sozial-familiären Beziehung zusammengelebt hat.*

Anstelle des widersprüchlichen Konzepts der Gesetzeslage wird mit dem Alternativvorschlag ferner versucht, die Problematik der Anfechtungsfrist zu lösen und zu Gunsten des Kindeswohls in bestimmten Fällen das Anfechtungsrecht wiederaufleben zu lassen.

### **aa) Wiederaufleben des Anfechtungsrechts bei Beendigung der sozialen Familie**

Nach geltendem Recht scheidet ein Wiederaufleben oftmals aus (C.II.1.e.cc.bbb).

Ein ähnlich gelagertes Problem tritt nur auf, soweit die sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater scheitert und der biologische Vater erst im Rahmen dieser Trennung Kenntnis von seinem Kind erlangt. In diesem Fall ist mangels Fortbestand der sozial-familiären Beziehung die Anfechtung zulässig (vgl. den Beispielsfall unter C.II.1.e.dd.bbb). Auch steht der Anfechtung nicht die Anfechtungsfrist entgegen, da deren Beginn von seiner Kenntnisnahme abhängt (§ 1600 b I (2) BGB). Das hat zur Konsequenz, dass der biologische Vater die Vaterschaft des rechtlichen Vaters angreifen kann, der beispielsweise über 15 Jahre hinweg die Vaterrolle eingenommen hat. Dies erscheint bedenklich, da dies dem Kindeswohl regelmäßig widersprechen würde. Insbesondere bei einem Vergleich mit dem Fall, dass der biologische Vater schon im Zeitpunkt der Geburt Kenntnis erlangt hat, stellt sich dies als widersprüchlich dar. Dessen Anfechtungsrecht ist nach gesetzlicher Konzeption bereits verfristet.

Richtigerweise sollte die Frist und das Wiederaufleben des Anfechtungsrechts primär am Kindeswohl ausgerichtet werden.

An diesem Gedanken knüpft auch der Reformvorschlag an.

Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass dem biologischen Vater die Anerkennung der rechtlichen Vaterschaft nicht vorenthalten werden sollte, wenn die sozial-familiäre Beziehung zu dem rechtlichen Vater in näherer Zeit nach der qualifizierten Anerkennungserklärung scheitert und sich davor noch nicht ausreichend verfestigt hat. Aus Gründen des Kindeswohls soll der rechtliche Vater, der mit dem Kind nur kurzfristig eine sozial-familiäre Beziehung unterhielt, den biologischen Vater nicht an der Erlangung der Vaterschaft hindern.

Aus diesem Anlass sieht § 1600 V - alternativ vor, dass das „Recht zur Abänderung der rechtlichen Vaterschaft durch den biologischen Vater wiederauflebt, wenn die sozial-familiäre Beziehung des Kindes mit dem Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 innerhalb von zwei Jahren nach der qualifizierten Anerkennniserklärung mittels Trennung oder Tod endet und das Kindeswohl nicht entgegensteht.“

### ***aaa) Wiederaufleben im Zeitraum von bis zu zwei Jahren nach der Geburt***

Daraus geht hervor, dass bei einem Scheitern der Beziehung innerhalb von zwei Jahre der biologische Vater wieder berechtigt sein soll, die Vaterschaft abzuändern.

Primär bezieht sich diese Ausgestaltung auf Konstellationen, in denen die qualifizierte Anerkenntniserklärung unmittelbar nach der Geburt abgegeben wird. In diesen Fällen ist davon auszugehen, dass das erst (maximal) zweijährige Kind zu seinem rechtlichen Vater noch keine derart verfestigte Beziehung aufgebaut hat, die gegenüber der Vaterstellung des biologischen Vaters, welche für das restliche Leben gelten wird, vorrangig schützenswert ist. Vielmehr liegt es regelmäßig im Interesse des Kindes, sich von dem rechtlichen Vater zu lösen, da diese sozial-familiäre Beziehung bereit ihr Ende gefunden hat. Das Kind hat statt dessen die Chance, eine Beziehung zum biologischen Vater aufzubauen, die schon allein deshalb erfolgsversprechend ist, weil der biologische Vater mit der Anfechtung sein Interesse daran verdeutlicht hat.

Die Ausgestaltung der Frist mit zwei Jahren geht darauf zurück, als davon ausgegangen werden kann, dass dies regelmäßig der Zeitraum ist, in dem sich sozial-familiäre Beziehungen verfestigen. Diese Frist entspricht der Frist des Anfechtungsrechts der Mutter. Diese hat der Gesetzgeber<sup>406</sup> explizit mit der Erwägung eingeräumt, dass sich „innerhalb der ersten zwei Lebensjahre eines Kindes ... persönliche Beziehungen des Kindes zu seinem Vater noch nicht in einem solchen Maße entwickeln, dass ein etwa vorhandenes Interesse des Kindes am Fortbestand der Vaterschaft das Anfechtungsinteresse der Mutter überwiegen könne.“

### ***bbb) Wiederaufleben im Zeitraum von mehr als zwei Jahren nach der Geburt***

Der Regelungsmechanismus erfasst jedoch auch Fälle, in denen die qualifizierte Anerkenntniserklärung erst später, gegebenenfalls erst nach Jahren, abgegeben wird.

In diesen Fällen ist zu berücksichtigen, dass die sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater sich regelmäßig verfestigt hat. In diesen Konstellationen wird der letzte Satzteil von § 1600 V Satz 1 - alternativ relevant. Das Wiederaufleben des Anfechtungsrechts ist demnach nur möglich, wenn „das Kindeswohl nicht entgegensteht.“ Gemäß § 1600 V Satz 2 - alternativ „steht das Kindeswohl in der Regel entgegen, wenn das Kind über längere Zeit mit dem Vater im Sinne von Absatz 1 Nr. 1 in einer sozial-familiären Beziehung zusammengelebt hat.“ In diesen Fällen gebietet das Kindeswohl, dass die über Jahre hinweg gefestigte Beziehung zu dem rechtlichen Vater aufrechterhalten bleiben soll. Von einer längeren Zeit in diesem Sinne ist - entsprechend obiger Begründung - nicht vor Ablauf von zwei Jahren auszugehen.

### ***ccc) Einwand der Rechts- und Statussicherheit***

Der in der Gesetzesbegründung vorgebrachte Einwand<sup>407</sup>, dass die Rechtssicherheit in Abstammungsfragen, insbesondere hinsichtlich des Erbrechts, Steuerrechts und Sozialrechts, dem entgegenstehen könnte, greift nicht durch. Diese Problemfelder stellen sich ebenso bei jeder anderen erfolgreichen Anfechtung und sind rechtstechnisch lösbar. Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass der Gesetzgeber dem Kind mit Erreichung der Volljährigkeit gemäß § 1600 b III BGB ein Anfechtungsrecht eröffnet und somit die Vaterschaft auch nach über 18 Jahren noch als abänderbar ansieht.

Ebenso ist der Gesetzesvorschlag mit den Anforderungen der Statusklarheit und Statussicherheit vereinbar<sup>408</sup>. Grundsätzlich bedarf das Kind die Gewissheit über seine

---

<sup>406</sup> BT-Drucks 13/8511 S. 70 f.

<sup>407</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 11.

<sup>408</sup> Vgl. Helms FamRZ 97, 913 (913 ff).

Zuordnung und seinen Status. Soweit das Kindeswohl aber eine Änderung der rechtlichen Zuordnung zu einem Vater erfordert, muss die Statusklarheit und Statussicherheit zurücktreten. Ein zu weit gehendes Festhalten an einer Zuordnung kann dem Kindeswohl auch abträglich sein<sup>409</sup>. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass das Kind tatsächlich Kenntnis von seiner Abstammung hat und die Zuordnung bereits dadurch beeinträchtigt ist.

Einer derartigen Regelung kann ferner nicht entgegengehalten werden, dass der biologische Vater die Anfechtung betreiben muss, um sich die Wiederauflebensmöglichkeit offenzuhalten. Die anderenfalls drohende Verfristung ist gerechtfertigt, da der biologische Vater nur so als genetischer Vater festgestellt wird und nur auf diesem Weg den rechtlichen Vater zur Entscheidung über die Abgabe einer qualifizierten Anerkennungserklärung zwingt.

Als nicht unproblematisch kann aber die Anknüpfung an das Tatbestandsmerkmal der Trennung gesehen werden, da dies zu Feststellungsschwierigkeiten führen kann. Dies muss jedoch, im Interesse der Zielvorgaben, hingenommen werden. Darüber hinaus erfolgt ein Ausgleich dieser Problematik im Rahmen der Anfechtungsfrist (§ 1600 b II a - alternativ, dazu sogleich)<sup>410</sup>.

### **bb) Wiederaufleben des Anfechtungsrechts im Todesfall des rechtlichen Vaters**

Das identische Problem des Wiederauflebens des Anfechtungsrechts tritt in den Fällen des Todes des rechtlichen Vaters ein.

Aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit und des Kindeswohls sollten obige Erwägungen entsprechend gelten. Insoweit ist der Tod dem Ende der sozial-familiären Beziehung gleichzustellen und dem biologischen Vater grundsätzlich ein Anfechtungsrecht einzuräumen, soweit nicht der Tod später als zwei Jahre nach Abgabe der qualifizierten Anerkennungserklärung eintritt oder das Kindeswohl entgegensteht.

Zu berücksichtigen bleibt, dass mit dem Todesfall des rechtlichen Vaters bereits erbrechtliche Ansprüche des Kindes eingetreten sind. Inwieweit dies eine andere Abwägungsentscheidung rechtfertigt, ist mittels des Kriteriums des Kindeswohls zu ermitteln. Der Anfall der Erbschaft sollte dabei nur eine untergeordnete Rolle spielen<sup>411</sup>. Die Möglichkeit der Zulässigkeit der Anfechtung ergibt sich insbesondere aus einem Vergleich mit dem Anfechtungsrecht der Mutter. Dieses besteht unabhängig vom Tod des rechtlichen Vaters, sodass der Gesetzgeber die nachträgliche Disponibilität hinsichtlich der Erbschaft selbst erkannt und eingeräumt hat.

In der Regel sollte, solange nicht eine verfestigte Beziehung zu dem rechtlichen Vater bestand, dem biologischen Vater der Vorzug eingeräumt werden, da dieser dem Kind für das restliche Leben zu Verfügung stehen kann und im Gegensatz dazu der rechtliche Vater unwiederbringlich verloren ist. Ferner erscheint es nicht gerechtfertigt, für den Ausschluss des Anfechtungsrechts pauschal auf den Tod des rechtlichen Vaters abzustellen, da dies ein zufälliges Ereignis sein kann und der Ausschluss nicht in jedem Fall dem Kindeswohl entspricht. Eine flexiblere Lösung ist vorzugswürdig.

Die berechtigten Interessen des verstorbenen rechtlichen Vaters und dessen Familie sollten daher regelmäßig im Interesse des Kindes zurücktreten. Begrenzendes Regulativ, in dem auch ihre Interessen berücksichtigt werden, bleibt allerdings das Kindeswohl.

---

<sup>409</sup> Roth NJW 03, 3153 (3158).

<sup>410</sup> Soweit sich als zu unbestimmbar heraus stellen sollte, wäre alternativ denkbar, auf die zeitliche Vorgabe im Rahmen der Trennung zu verzichten und - entsprechend der Verfristung selbst - ausschließlich die zusammengefasste Höchstfrist nach § 1600 b II a - alternativ eingreifen zu lassen.

<sup>411</sup> Vgl. dazu auch Wellenhofer-Klein FamRZ 03, 1889 (1891) die auf Grund solcher Konfliktlagen die Anfechtung vom Kindeswohl abhängig machen wollte, dazu bereits **C.II.1.e.bb.aaa**.

### **c) Einzelerläuterung zu § 1600 b- alternativ**

In Folge der vorgeschlagenen Reform bedarf es ferner einer Modifikation der Regelung der Anfechtungsfrist. § 1600 b BGB bleibt dabei unverändert, soweit sich aus den nachfolgenden Ausführungen nichts anderes ergibt.

#### **aa) Einzelerläuterung zum ersatzlosen Wegfall von § 1600 b I (2) HS. 2 BGB**

Die in der geltenden Gesetzeslage bestehende Normierung, dass das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung den Fristenlauf nicht hindert (§ 1600 b I (2) HS. 2 BGB), ist ersatzlos zu streichen. Diese Norm beabsichtigt die Regelung der Problematik einer nachträglichen Beendigung der sozial-familiären Beziehung (**C.II.1.e.cc.bbb**). Nach der Neukonzeption ist sie entbehrlich, da für das Wiederaufleben des Anfechtungsrechts eine eigenständige Regelung besteht (§ 1600 V - alternativ).

#### **bb) Einzelerläuterung zu § 1600 b II a - alternativ**

*Im Falle des § 1600 Absatz 5 beginnt die Frist, unabhängig von der Kenntnis, in dem Zeitpunkt der Abgabe der qualifizierten Anerkenntniserklärung und dauert vier Jahre.*

##### **aaa) Einschränkung mittels Befristung**

Da das Wiederaufleben des Anfechtungsrechts zum Schutze des Kindeswohls und zum Zwecke der Rechtssicherheit nicht grenzenlos gelten kann, ist es wiederum einzuschränken. Die Lösung dieser Problematik erfolgt mittels Anfechtungsfrist (§ 1600 b II a - alternativ). Da es nach dem Reformvorschlag vor der Prüfung der sozial-familiären Beziehung auf die Abgabe der qualifizierten Anerkenntniserklärung ankommt, ist daran anzuknüpfen. In Angleichung an die Anfechtungsfrist des § 1600 b I BGB ist dem Grunde nach eine Zweijahresfrist angemessen.

##### **bbb) Anknüpfungspunkt des Fristbeginns**

Problematisch ist jedoch der Zeitpunkt des Fristbeginns (vgl. **C.II.1.e.dd.bbb**).

Grundsätzlich bestünde die Möglichkeit, diesen an die Kenntniserlangung des biologischen Vaters hinsichtlich der Beziehungsbeendigung anzuknüpfen<sup>412</sup>. Dies hätte allerdings zur Konsequenz, dass die Anfechtungsmöglichkeit bei erst spät eintretender Kenntnis noch Jahre weiter bestehen könnte. Aus Gründen des Kindeswohls ist dies nicht sachgerecht (s.o.).

Möglich wäre auch den Fristbeginn, unabhängig von der Kenntnis des biologischen Vaters, an die Beendigung der sozial-familiären Beziehung zwischen Kind und rechtlichen Vater festzumachen. Richtigerweise muss auch dies abgelehnt werden, da dieser Zeitpunkt in der Regel nicht eindeutig festlegbar und beweisbar ist und erst nach Jahren eintreten kann.

Interessengerechter ist die Lösung über eine starre Höchstfrist, die unabhängig von der Kenntnis des biologischen Vaters an den Zeitpunkt der Abgabe der qualifizierten Anerkenntniserklärung anknüpft. Diese Höchstfrist sollte den zeitlichen Rahmen von vier Jahren haben, der sich aus der Zweijahresfrist der Wiederauflebungsmöglichkeit (nach § 1600 V (1) - alternativ; s.o. **C.II.5.b.aa**) und weiteren zwei Jahren hinsichtlich der diesbezüglichen Anfechtungsfrist zusammensetzt (nach § 1600 b II a - alternativ). Ein derartiger zeitiger Rahmen wird auch den gegenläufigen Interessen des Kindeswohls gerecht.

---

<sup>412</sup> In diesem Sinne Eckebrecht FPR 05, 205 (209 f), der eine Frist von zwei Jahre ab Kenntnis der Umstände, frühestens beginnend mit Wegfall der sozial-familiären Beziehung, vorschlägt; ebenso Huber FamRZ 03, 825 (825) und MüKo/Wellenhofer-Klein, Nachtragsband, § 1600 Rdn. 8 c.



### **cc) Einzelerläuterung zu § 1600 b II b - alternativ**

*In den Fällen der Anfechtung nach § 1600 Absatz 1 Nr. 2 und Absatz 5 ist das Überschreiten der Fristen ausnahmsweise unerheblich, wenn ansonsten das Kindeswohl schwerwiegend beeinträchtigt wird.*

Eine Sonderregel stellt § 1600 b II b - alternativ dar, die das Überschreiten der Fristen zur Vaterschaftsanfechtung ausnahmsweise unerheblich macht. Diese Ausnahme zu den starren Fristen rechtfertigt sich aus dem Kindeswohl. Soweit dieses ansonsten schwerwiegend beeinträchtigt würde, ist die Fristüberschreitung irrelevant, da formale Gesetzesregeln dem Kindeswohl nicht entgegenstehen dürfen<sup>413</sup>.

Diese Sonderregelung greift nur bei Versäumung der Anfechtungsfrist durch den biologischen Vater. Anders als bei Anfechtungen durch die Mutter oder den rechtlichen Vater wird das Kind dadurch nicht vaterlos, sondern erhält den biologischen Vater auch rechtlich zugeordnet. Dies rechtfertigt es, eine Ausnahme zuzulassen. Diese ist dabei auf einzelne Sonderfälle zu beschränken und nur bei schwerwiegender Gefährdung des Kindeswohls zulässig. Anderenfalls ist aufgrund von Statusklarheit und Statussicherheit sowie aus Gründen der Rechtssicherheit die Anfechtung ausgeschlossen.

Die Möglichkeit einer Durchbrechung der starren Anfechtungsfrist wird ferner durch einen Vergleich mit § 1600 b V BGB bestätigt, wonach bei Unzumutbarkeit das Kind die Vaterschaft ebenfalls nach Fristablauf noch anfechten kann. Der Ansatz wird dadurch bekräftigt, dass der Gesetzesentwurf zur Kindschaftsrechtsreform dies zunächst für alle Anfechtungsberechtigten einführen wollte und letztlich nur deswegen aufgegeben hat, weil die Beschränkung des Anfechtungsrechts der Mutter im Gegenzug aufgehoben wurde<sup>414</sup>.

Zwar lässt sich, wie auch gegen § 1600 b V BGB, einwenden, dass es mittels dieses unbestimmten Rechtsbegriffes zu Auslegungstreitigkeiten kommen kann und die Gefahr der Störung des Familienfriedens auf Grund einer unzulässigen Klage bestehe<sup>415</sup>. Dem ist zwar im Ansatz zuzustimmen, aber nicht nachzugeben. Wie sich aus dem Wortlaut der Norm ergibt, werden strenge Anforderungen gestellt, die nur erfüllt sein können, wenn bereits ein erheblicher Unfriede in der Familie herrscht.

### **d) Ergebnis**

Der alternative Gesetzesvorschlag stellt ein ausdifferenziertes System dar. Dem biologischen Vater wird die Feststellung der genetischen Verbundenheit ermöglicht und ein Anfechtungsrecht eingeräumt, soweit dies auch den Kindesinteressen entspricht. Dadurch erfolgt eine Stärkung der Rechtsstellung des biologischen Vaters und zugleich eine Förderung des Kindeswohls. Mittels detaillierter einzelfallbezogener Regelung sollen gegenläufige Interessen ausgeglichen und Anhaltspunkte dafür im Gesetz fixiert werden. Dabei wird eine Unterdrückung der biologischen Wahrheit vermieden und den Betroffenen die Chance gegeben, die soziale Realität anzuerkennen und in einen bestmöglichen Ausgleich zu bringen.

---

<sup>413</sup> Ähnlich Wanitzek FPR 02, 390 (395) zu § 1600 b V BGB, wonach die Rechtssicherheit zwar feste Regeln gebietet und mit Durchbrechungen Klarheit und Sicherheit der Statusverhältnisse beeinträchtigt werden können, jedoch das Prinzip der Statusklarheit und Statussicherheit in erster Linie dem Kind selbst dienen soll und dies erfordert, dass in Ausnahmefällen Durchbrechungen möglich sind.

<sup>414</sup> Gaul FamRZ 97, 1441 (1460); Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (409); BT-Drucks 13/4899 S. 6, 87 f, 149, 166; - letztlich besteht ein unmittelbarer Zusammenhang insoweit aber nicht, so dass dieser „Gegenzug“ wohl ein nötiger Kompromiss war.

<sup>415</sup> Helms FuR 96, 178 (185, 186 f); Muscheler/Beisenherz JR 99, 407 (409); BT-Drucks 13/4899 S. 149, 166.

# **D Der genetische Vater ohne rechtliche Vaterstellung**

Nachdem nun feststeht, in welchen Konstellationen dem genetischen Vater die Erlangung der rechtlichen Vaterschaft verwehrt bleibt, muss untersucht werden, ob ihm auch in dieser Situation Rechte hinsichtlich des Kindes zustehen und wie diese ausgestaltet sind.

## **I Rechtliche Stellung**

### **1) Verfassungsrechtliche Stellung Art. 6 GG**

Entsprechend den obigen Ausführungen ist der biologische (genetisch-nichtrechtliche) Vater grundsätzlich vom Schutzbereich des Art. 6 GG erfasst. Wie das BVerfG<sup>416</sup> ausgesprochen hat, kann er sich unter gewissen Voraussetzungen auf das Elternrecht des Art. 6 II (1) GG berufen und wird, zumindest soweit eine sozial-familiäre Beziehung besteht, von Art. 6 I GG zusammen mit seinem Kind als Familie geschützt (**B.I.2.a und b**).

### **2) Zivilrechtliche Rechtslage**

Fraglich ist jedoch, ob diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben im Familienrecht ausreichend Rechnung getragen wurde.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass das bisherige Recht nur die rechtliche Vaterschaft kannte<sup>417</sup>. Einer biologischen Vaterschaft wurde keine Rechtsposition eingeräumt. Eine ausdrückliche Änderung dieser generalisierenden Nichtberücksichtigung wurde erst durch die Reform des Anfechtungs- und Umgangsrechts geschaffen<sup>418</sup>. Folglich sind in diesen Bereichen die Interessen des biologischen Vaters berücksichtigt und mittels der legislativen Umsetzung geltendes Recht geworden. Über diese Regelungsbereiche hinaus erfolgte bisher keine Anpassung anderweitiger Rechte.

Damit stellt sich die Frage,

- ob weitere Rechte der biologischen Väter bestehen,
- ob bestehende Rechte unter das geltende Recht subsumiert werden können,
- oder ob ein verfassungswidriger Regelungskomplex vorliegt.

Im Folgenden sind daher einige relevante Elternrechte daraufhin zu überprüfen, ob sie auch vom biologischen Vater beansprucht werden können und sie unter das geltende Familienrecht subsumierbar sind.

---

<sup>416</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (816 ff).

<sup>417</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 8.

<sup>418</sup> Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes (...), BT-Drucks 15/2253; eine gewisse Berücksichtigung hat der biologische Vater mittels § 1747 I (2) BGB bereits zuvor im Adoptionsrecht erfahren, dazu unter **D.II. 6**.

## **II Rechte**

Als Elternrechte kommen insbesondere das Sorgerecht (**II.1**), das Umgangsrecht (**II.2**) und das Auskunftsrecht (**II.3**) in Betracht. Ferner ist daran zu denken, inwieweit der biologische Vater ein Recht darauf hat, die genetische Abstammung zu klären und seinem Kind Auskunft darüber zu erteilen (**II.4** und **II.5**). Geklärt werden muss außerdem seine Stellung im Adoptionsrecht (**II.6**). Kurz angesprochen werden ferner das Namensrecht (**II.8.a**), das Erbrecht des Vaters (**II.8.b**) und sein Recht auf Unterhalt (**II.7** und **II.8.c**).

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die fehlende rechtliche Anerkennung des biologischen Vaters. Nach den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers soll ihm keine Verantwortung für das Kind übertragen und demzufolge keine Elternpflicht auferlegt werden, da das Elternrecht aus Art. 6 II GG ein Zusammenschluss von Rechten und Pflichten ist<sup>419</sup>. Daraus ergibt sich, dass es ein Recht ohne Pflicht grundsätzlich nicht geben kann.

### **1) Sorgerecht §§ 1626 ff BGB**

Das elementarste Elternrecht ist das Sorgerecht, das grundsätzlich alle Angelegenheiten des Kindes betrifft. Wer das Sorgerecht inne hat, ist daher umfassend für das Kind verantwortlich.

#### **a) Rechtliche Stellung nach §§ 1626 ff BGB**

Das Sorgerecht gibt den Eltern nicht nur Rechte, sondern weist ihnen viele Pflichten zu. Demzufolge ist sie eine ambivalente Rechtsposition, bei der die Verantwortung und damit der Pflichtencharakter im Vordergrund steht<sup>420</sup>. Bei nicht miteinander verheirateten Eltern richtet sich die Sorgerechtsverteilung nach § 1626 a BGB. Diese Norm setzt aber voraus, dass beide Elternteile, welche die Sorge beanspruchen, auch rechtlich als Eltern feststehen. Der rein biologische Vater wird dagegen in den Normen des Familienrechts über das Sorgerecht nicht erwähnt. Ihm kommt nach der gesetzlichen Ausgestaltung ein derartiges Recht nicht zu.

#### **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Fraglich ist, ob dieser umfassende Ausschluss verfassungsrechtliche Probleme hervorruft. Wie das BVerfG bereits frühzeitig ausgesprochen hat, stellt die Übertragung des Sorgerechts einen Eingriff in das Elternrecht des anderen dar<sup>421</sup>. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der andere Elternteil Träger des Elternrechts ist. Demgemäß ist man abermals bei der im Vorfeld diskutierten Frage, wann der biologische Vater sich auf Art. 6 II (1) GG berufen kann (**B.I.2.a**) und anfechtungsberechtigt ist (**C.II**). Soweit ihm ein solches Recht zusteht, ist ihm die Möglichkeit eröffnet, die rechtliche Vaterstellung zu erlangen und als solcher sich um das Sorgerecht zu bemühen. Soweit der biologische Vater dagegen nicht die rechtliche Vaterstellung erreichen kann oder will, besteht Einigkeit darin, dass er von der Erlangung der elterlichen Sorge auszuschließen ist<sup>422</sup>. Es wäre geradezu widersprüchlich, ihm einerseits die rechtliche Vaterstellung zu verweigern und andererseits das stärkste Elternrecht zu übertragen.

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht.

<sup>419</sup> BVerfG 10, 59 (76 ff); 56, 362 (382); 68, 176 (190); 24, 119 (143), „in Art. 6 II (1) GG sind Recht und Pflicht von vornherein unlöslich miteinander verbunden; die Pflicht ist nicht eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil dieses Elternrechts, das insoweit treffender als Elternverantwortung bezeichnet werden kann“.

<sup>420</sup> BVerfG NJW 94, 1645 (1946).

<sup>421</sup> BVerfGE 61, 358 (371); 84, 168 (179 ff); dazu auch **B.II.1**.

<sup>422</sup> Statt aller, vgl. Palandt/Diederichsen § 1626 a Rdn. 5.

### **c) Sorgeerklärung im Sonderfall der Vaterschaftsabänderung**

Einen Sonderfall der Sorgerechtserlangung durch den biologischen Vater betrifft die Abgabe von Sorgeerklärungen im Anwendungsbereich des § 1599 II BGB (**aa**), während eines laufenden Anfechtungsverfahrens (**bb**) sowie im Rahmen einer noch nicht abgeschlossenen Vaterschaftsanerkennung (**cc**).

Umstritten dabei ist, ob in diesen Fällen rechtswirksame Sorgeerklärungen von einem (noch) nicht feststehenden (präsumtiven) Elternteil abgegeben werden können.

#### **aa) Sorgeerklärung im Anwendungsbereich des § 1599 II BGB**

Anknüpfungspunkt des Streits ist die Frage, ob der biologische Vater, der eine Anerkennung im Rahmen des § 1599 II BGB erklärt hat, *vor* Feststellung seiner rechtlichen Vaterschaft bereits eine rechtswirksame Sorgeerklärung abgeben kann. Diese Problematik ergibt sich daraus, dass im Zusammenhang mit § 1599 II BGB die Anerkennung allein nicht ausreicht, sondern von weiteren Voraussetzungen abhängig ist.

Der entscheidende Ansatzpunkt liegt dabei in der Regelung des § 1599 II BGB<sup>423</sup>. Die rechtliche Anerkennung einer Vaterschaft wirkt zwar gemäß § 1599 II (3) BGB frühestens mit Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils, jedoch ist sie solange nicht rechtlich bedeutungslos, da sie währenddessen nur schwebend unwirksam ist<sup>424</sup> und mit diesem Zeitpunkt rückwirkend auf die Geburt des Kindes die Vaterschaft abändert<sup>425</sup>.

Somit stellt sich die Frage, ob in diesem Zeitraum die Abgabe einer Sorgeerklärung des rechtlich noch nicht feststehenden Vaters rechtserhebliche Bedeutung erlangen kann.

Dies wird teilweise verneint<sup>426</sup>, da im Zeitpunkt einer Sorgeerklärung die Abstammung feststehen müsse. Ferner könne eine Sorgeerklärung nicht vor einer rechtskräftigen Scheidung der Ehe der Kindesmutter abgegeben werden, da sie bedingungsfeindlich ist und die Vorschrift des § 1599 II BGB weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar sei.

Dem ist nicht zuzustimmen<sup>427</sup>. Trotz der Bedingungsfeindlichkeit der Sorgeerklärung (§ 1626 b I BGB) führen Rechtsbedingungen nicht zur Unwirksamkeit. Hierzu gehört auch eine Vaterschaftsabänderung nach § 1599 II BGB. Bei dieser selbst gilt nach einhelliger Auffassung, dass - trotz deren Bedingungsfeindlichkeit nach § 1594 III BGB - die darin liegende Vaterschaftsanerkennung bis zur Beseitigung der Scheinvaterschaft nur schwebend unwirksam ist<sup>428</sup>. Soweit dergestalt diese Rechtsbedingung anerkannt wird, hat dies aber ebenso für eine darauf aufbauende bedingte Sorgeerklärung zu gelten. Beide Erklärungen sind daher für den Zwischenzeitraum lediglich schwebend unwirksam<sup>429</sup>. Dem kann dabei nicht entgegengehalten werden, dass eine dem § 1599 II BGB entsprechende Vorschrift im Sorgerecht fehlt, da sich deren Notwendigkeit im Bereich des Abstammungsrechts aus der Ausgestaltung des § 1594 II BGB ergibt, für die im Sorgerecht kein Äquivalent existiert<sup>430</sup>.

---

<sup>423</sup> Vgl. dazu **C.I.1.b.bb**.

<sup>424</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 83, BGH NJW 04, 1595 (1595); Gaul FamRZ 97, 1441 (1449); Rauscher FPR 02, 359 (361). Dem steht auch nicht die Bedingungsfeindlichkeit der Anerkennung entgegen, da die Anerkennung für den Fall der rechtskräftigen Anfechtung eine unschädliche Rechtsbedingung ist, Rauscher FPR 02, 359 (363); Muscheler FPR 05, 177 (178); vgl. dazu insb. die vielfachen Nachweise in FbN. 207.

<sup>425</sup> BGH 98, 2607 (2607 ff); BGH 04, 1595 (1596); Veit FamRZ 99, 902 (903).

<sup>426</sup> MüKo/Huber § 1626 b Rdn. 15.

<sup>427</sup> BGH NJW 04, 1595 (1596); Staudinger/Coester § 1626 b Rdn. 4, 11; Palandt/Diederichsen § 1626 b Rdn. 1, § 1599 Rdn.10; Coester LMK 04, 107 (108); wohl ebenso Johannsen/Henrich/Jaeger § 1626 b Rdn. 3.

<sup>428</sup> Hierzu s.o. FbN. 207.

<sup>429</sup> Ungeklärt ist noch, ob das gemeinsame Sorgerecht den Eltern auch rückwirkend zukommt, dem zustimmend wohl Coester LMK 04, 107 (108).

<sup>430</sup> BGH NJW 04, 1595 (1596), mit dem Hinweis, dass dies dem Willen des Gesetzgebers auf Förderung der gemeinsamen elterlichen Sorge entspricht (vgl. BT-Drucks 13/8511 S. 65 f). Dieser Auslegung stehe ferner der

Letztlich spricht dafür auch das Kindeswohl und das damit verbundene Ziel, die gemeinsame Sorge zu fördern.

Dies bedeutet demzufolge, dass im Falle des § 1599 II BGB der biologische Vater eine rechtserhebliche, aber zunächst schwebend unwirksame Sorgeerklärung abgeben kann, ohne bereits als rechtlicher Vater etabliert zu sein.

### **bb) Sorgeerklärung während eines Anfechtungsverfahrens**

Auf dieser Rechtslage aufbauend, wurde die Frage aufgeworfen<sup>431</sup>, ob die Sorgeerklärung des biologischen Vaters auch dann schon (schwebend unwirksam) abgegeben werden kann, wenn die Vaterschaftsabänderung nicht nach § 1599 II BGB, sondern allein unter Bezugnahme auf eine Vaterschaftsanfechtung erfolgt.

Dies muss richtigerweise abgelehnt werden<sup>432</sup>, da ein derartiger Ansatz auf den Ausnahmefall des § 1599 II BGB zu begrenzen ist. Das Kindeswohl erfordert, dass grundsätzlich derartige Schwebezuständen zu vermeiden sind. Bei noch bestehender Vaterschaft eines Dritten ist die Sorgeerklärung des biologischen Vaters folglich als nichtig zu betrachten. Anderenfalls würde damit die Sperrwirkung der bestehenden Vaterschaft unterlaufen und der diesbezügliche Zweck, der Vermeidung von Störungen, untergraben. Eine Ausnahme rechtfertigt sich allein in den Fällen des § 1599 II BGB. Dort besteht, anders als bei der Vaterschaftsanfechtung generell - mit anhängigem Scheidungsverfahren und Mitwirkung der Mutter, des Ehemanns und des Vaterschaftsprätendenten - ein ausreichendes Indiz, dass der rechtliche Vater des Kindes nicht der Erzeuger des Kindes ist, das Kind alsbald dem biologischen Vater zugeordnet wird und daher mit dieser Regelung zu keiner Zeit vaterlos verbleibt.

### **cc) Sorgeerklärung im Rahmen der Vaterschaftsanerkennung vor Zustimmung der Mutter und/oder des Kindes**

Eine ähnliche Problematik stellt sich bei der Sorgeerklärung eines Mannes, der die Anerkennung des Kindes erklärt hat, diese aber mangels Zustimmung der Mutter und/oder des Kindes (§ 1595 I, II BGB) noch nicht rechtsverbindlich geworden ist.

Auch in diesen Fällen scheidet eine Rechtserheblichkeit der Sorgeerklärung mangels Vaterschaft aus. Eine abweichende Ansicht wird - soweit ersichtlich - nicht vertreten.

In dieser Ausgestaltung ist dies letztlich auch unerheblich, da gemäß § 1626 a II BGB geltender Fassung zur Sorgerechtserlangung (zur Kritik siehe unter **E.II.1**) immer die Mitwirkung der Mutter erforderlich ist, an der es stets fehlen wird, wenn sie bereits die Zustimmung zur Anerkennung verweigert. Soweit es dagegen um die fehlende Zustimmung des Kindes geht, betrifft dies Fälle, in denen der Mutter die elterliche Sorge insoweit nicht zusteht (§ 1595 II BGB), sodass dementsprechend schon der Anwendungsbereich von Sorgeerklärungen nach § 1626 a II BGB ausscheidet (§§ 1678 ff BGB).

---

Wortlaut der Norm („Eltern“) nicht entgegen, da entsprechend der Regelung des § 1626 b II BGB auch auf künftige Eltern abgestellt wird, obwohl die Vaterschaft nach § 1592 BGB erst im Zeitpunkt der Geburt beginnt.

<sup>431</sup> Coester LMK 04, 107 (108).

<sup>432</sup> Palandt/Diederichsen § 1626 a Rdn. 1; Johannsen/Henrich/Jaeger § 1626 b Rdn. 3, ebenso MüKo/Huber § 1626 b Rdn. 15, der obigen Ansatz bereits ablehnt und daher erst Recht einen weitergehenden Ansatz ablehnend gegenübersteht; - a.A. Staudinger/Coester § 1626 b Rdn. 4, mit dem Hinweis dass eine derartige Bedingung trotz der Bedingungsfeindlichkeit nach § 1594 III BGB auch bei der Vaterschaftsanerkennung möglich ist.

## **2) Umgangsrecht §§ 1684, 1685 BGB**

Das in der Praxis wohl wichtigste Recht ist das Umgangsrecht.

Dieses gewährt in erster Linie die Befugnis, das Kind in regelmäßigen Abständen zu sehen und zu sprechen<sup>433</sup> und soll die Möglichkeit eröffnen, laufend von der Entwicklung und dem Wohlergehen des Kindes Kenntnis zu nehmen und die gemeinsame Beziehung zu pflegen<sup>434</sup>.

### **a) Berechtigte nach § 1684 BGB**

Ausweislich des Wortlauts von § 1684 BGB besitzen die Eltern ein Umgangsrecht. Entsprechend des durchgängig im BGB verwandten Sprachgebrauchs sind darunter grundsätzlich nur die Eltern im Rechtsinne zu verstehen. Eine anderweitige Auslegung scheidet aus, da das Umgangsrecht als Pflichtenrecht ausgestaltet ist und daher nur die rechtlichen Eltern als Träger der Elternverantwortung erfasst sein können<sup>435</sup>.

Aus § 1684 BGB kann der biologische Vater demzufolge keine Umgangsberechtigung herleiten. Dies ergibt sich ferner aus einem Vergleich mit § 1685 BGB, der gerade andere umgangsberechtigte Personen als die Eltern erfassen soll.

### **b) Rechtliche Stellung nach § 1685 BGB a. F.**

In der durch das Kindschaftsreformgesetz<sup>436</sup> geltenden Fassung des § 1685 BGB (= a.F.) war der biologische Vater nicht umgangsberechtigt. Der in § 1685 BGB aufgezählte Personenkreis war abschließend und umfasste den biologischen Vater nicht<sup>437</sup>.

### **c) Rechtsprechung BVerfG '03**

Diese rechtliche Lage ist auf Kritik<sup>438</sup> gestoßen und führte im Jahr 2003 zu einer grundlegenden Entscheidung des BVerfG<sup>439</sup>. Nach dem Leitsatz der Entscheidung bildet auch der biologische Vater mit seinem Kind eine von Art. 6 I GG geschützte Familie, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht.

Daraus geht hervor, dass ein Verstoß gegen Art. 6 I GG vorliegt, wenn der so mit dem Kind verbundene biologische Vater vom Umgang ausgeschlossen wird, soweit dies auch dem Wohl des Kindes dient.

Art. 6 I GG schützt die Familie als Gemeinschaft von Eltern und Kindern, wobei es nicht maßgeblich ist, ob die Kinder von den Eltern abstammen und ob sie ehelich oder nichtehelich geboren wurden. Unter Familie versteht man vielmehr die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft dieser Personen (s.o. **B.I.1.b** und **2.b**). Dies bedeutet, dass ein biologischer Vater, der zumindest eine Zeit lang tatsächliche Verantwortung für das Kind

---

<sup>433</sup> Palandt/Diederichsen § 1684 Rdn. 2; Erman/Michalski § 1684 Rdn. 8; LG Brandenburg FamRZ 02, 414 (414).

<sup>434</sup> Palandt/Diederichsen § 1684 Rdn. 2; BGH NJW 69, 422 (422).

<sup>435</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (824); anders insoweit § 1711 II BGB a.F. der verfassungskonform einer weitergehenden Interpretation zugänglich gewesen wäre, so BVerfG 03, 816 (823).

<sup>436</sup> Vgl. insoweit BT-Drucks 13/4899 S. 46 f, 68 f, 107, 154, 169.

<sup>437</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (824 f); Rauscher FamRZ 98, 329 (336); Büte Rdn. 191; Hoffmann JAmt 03, 453 (458); Küfner JAmt 03, 466 (472); Johannsen/Henrich/Jaeger § 1685 Rdn. 2; Motzer FamRB 04, 231 (231).

<sup>438</sup> Vgl. bspw. Rauscher Rdn. 1102; Staudinger/Rauscher § 1684 Rdn. 23; in diesem Sinne auch schon BT-Drucks 12/4024 S. 6, 12; BT-Drucks 13/1752 S. 6, 17; - a.A. bspw. LG Bonn FamRZ 85, 105 (105); LG Köln FamRZ 96, 433 (434) wonach zumindest dann auf Art. 8 EMRK kein Umgangsrecht des biologischen Vaters gestützt werden konnte, wenn eine soziale Familie mit dem Scheinvater besteht.

<sup>439</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (816 ff, insb. 822 ff).

getragen hat, ein berechtigtes Interesse am Erhalt dieser sozial-familiären Beziehung hat und Umgang mit diesem beanspruchen kann.

Allerdings können die rechtlichen Eltern ihr Sorgerecht dahingehend nutzen, diese Verbindung zu untersagen. In diesem Fall geben Art. 6 II (1) und I GG nach Ansicht des Gerichts dem biologischen Vater keinen Anspruch auf Fortsetzung seines verantwortlichen Handelns gegenüber dem Kind. Allerdings spricht das Gericht aus, dass beim Wegfall dieser Möglichkeit der biologische Vater nicht rechtlos gestellt wird. Aus der ursprünglichen Verbundenheit mit dem Kind kommt es zu einer Nachwirkung des Schutzes aus Art. 6 I GG. Dieser nachwirkende Schutz führt dazu, dass der biologische Vater, soweit dies dem Wohl des Kindes dient, ein Recht auf Umgang hat.

Letztlich ist das Kindeswohl das entscheidende Abwägungskriterium. Auf der einen Seite steht das Interesse des Kindes - wie auch des biologischen Vaters - auf Erhalt dieser Beziehung, auf der anderen Seite kann der Umgang ebenso Konflikte hervorrufen, die sich negativ auf die Kindesentwicklung auswirken. Art. 6 I GG schützt nicht eine Person alleine, sondern vermittelt nur ein Recht des einen, das mit den Interessen des anderen Familienmitglieds korrespondiert.

Somit kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass der sozial-familiär verbundene biologische Vater ein Umgangsrecht mit seinem Kind hat, wenn dies dem Wohl des Kindes dient.

#### **d) Gesetzlich Umsetzung § 1685 BGB n. F. '04**

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben wollte der Gesetzgeber mittels Gesetzesänderung nachkommen<sup>440</sup>.

Die Ausgestaltung des reformierten Umgangsrechts nach § 1685 BGB ist jedoch nicht ausschließlich auf die Entscheidungsgründe des BVerfG zurückzuführen, sondern wurde ebenso durch internationale Impulse geprägt.

Mitentscheidend über die Ausgestaltung des Umgangsrechts war das Übereinkommen des Europarates zum Umgang mit Kindern (s.o. **B.VII.3.a**). Gemäß Art. 5 I des Übereinkommens sollen neben den Eltern auch Personen, die familiäre Beziehungen zu dem Kind unterhalten, einbezogen werden, soweit dies zugleich dem Kindeswohl entspricht<sup>441</sup>.

Des Weiteren war für die Gesetzgebung die Rechtsprechung des EGMR mitbestimmend (s.o. **B.VI**). Insbesondere im Hinblick auf Art. 8 EMRK sprach sich dieser ebenso für weitreichende Umgangsrechte aus<sup>442</sup>.

Infolgedessen gewährt § 1685 II (1) BGB engen Bezugspersonen ein Recht<sup>443</sup> auf Umgang, wenn dies dem Kindeswohl dient und diese Personen für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben (sozial-familiäre Beziehung). Der biologische

---

<sup>440</sup> Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes (...), BT-Drucks 15/2253; ähnlich bereits die Vorschläge in BT-Drucks 12/4024 S. 6, 12 und BT-Drucks 13/1752 S. 6, 17; vgl. dazu Eckbrecht FPR 05, 205 (206 ff); Höfelmann FamRZ 04, 745 (750 f); Müller FamRB 04, 206 (206 f); Pieper FuR 04, 385 (388); Ehrhardt-Rauch JAmt 04, 175 (177 f); DIJuF JAmt 03, 470 (470).

<sup>441</sup> Convention on contact concerning children; vgl. BT-Drucks 15/2253 S. 7 f, 12; Höfelmann FamRZ 04, 745 (746 f).

<sup>442</sup> Vgl. BT-Drucks 15/2253 S. 8; Brückner FPR 05, 200 (201 f); Höfelmann FamRZ 04, 745 (746 f) je m.w.N..

<sup>443</sup> Anders als bei § 1684 BGB, wo der Umgang als Recht des Kindes ausgestaltet ist, besteht nach § 1685 BGB nur ein Recht der Bezugsperson auf Umgang; vgl. Rauscher FamRZ 98, 329 (332, 336); Ehrhardt-Rauch JAmt 04, 175 (176 f); Hoffmann JAmt 03, 453 (458); wobei dieses Recht aber nicht um ihren selbst willen, sondern um des Kindes willen besteht, da der Umgang dem Kind förderlich sein muss, Johannsen/Henrich/Jaeger § 1685 Rdn. 1, 4; ein Recht des Kindes scheidet aus, da Dritte insoweit nicht verpflichtet werden können.

Vater kann daher umgangsberechtigt sein<sup>444</sup>. Klargestellt wird, dass letztlich das Kindeswohl das entscheidende Kriterium für die Begründung des Umgangsrechts ist<sup>445</sup>.

### **e) Erfordernis des Kindeswohls und einer sozial-familiären Beziehung**

Nach der neuen gesetzlichen Lage hängt das Umgangsrecht des biologischen Vaters damit von zwei wesentlichen Kriterien ab. Dies ist das Erfordernis des Bestehens einer sozial-familiären Beziehung zwischen dem biologischen Vater und seinem Kind und die Voraussetzung, dass der Umgang dem Kindeswohl dient.

#### **aa) Erfordernis des Kindeswohls**

Die Ermittlung des Kindeswohls ist nicht unproblematisch. Der Kindeswohlbegriff ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Im Wesentlichen umfasst er das körperliche, geistige und seelische Wohl des Kindes und dient dem umfassenden Schutz des in der Entwicklung befindenden Kindes<sup>446</sup>.

Aus dem Kindeswohlerfordernis kann sich insbesondere dann eine Einschränkung des Umgangsrechts nach § 1685 II BGB ergeben, wenn sich ein Konflikt zwischen den rechtlichen Eltern und dem biologischen Vater derart verdichtet, dass ein Umgang nicht mehr im Interesse des Kindes erscheint<sup>447</sup>.

#### **bb) Erfordernis einer sozial-familiären Beziehung**

Um eine einheitliche Rechtsanwendung zu ermöglichen, knüpft § 1685 II BGB, ebenso wie § 1600 III BGB, an das Tatbestandsmerkmal der sozial-familiären Beziehung an<sup>448</sup>. Folglich kann das dort Gesagte aufgegriffen werden (s.o. **C.II.1.c.bb**).

Eine sozial-familiäre Beziehung setzt nach § 1685 II (1) BGB die Übernahme der tatsächlichen Verantwortung für das Kind voraus. Grundlegende Bedeutung dafür hat das Regelbeispiel des § 1685 II (2) BGB, wonach eine Übernahme der Verantwortung anzunehmen ist, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat. Der Begriff längere Zeit entspricht dem des § 1600 II BGB, sodass das dort Gesagte entsprechend gilt (s.o. **C.II.1.c.bb**).

Nach neuerer Rechtsprechung<sup>449</sup> soll eine sozial-familiäre Beziehung im Sinne des § 1685 II BGB jedenfalls dann nicht gegeben sein, wenn der biologische Vater zur Kindesmutter nur eine sporadische Beziehung mit vereinzelt Kontakten zu dem Kind unterhalten hat. Dies rechtfertigt sich damit, dass bei nur gelegentlichen Kontakten eine Übernahme von tatsächlicher Verantwortung regelmäßig nicht vorliegt.

Von der Literatur wird teilweise ein sechsmonatiger Zeitraum als Richtschnur befürwortet<sup>450</sup>. Von der bisherigen Rechtsprechung ist dagegen jedenfalls ein einjähriges Zusammenwohnen,

<sup>444</sup> Motzer FamRB 04, 231 (231 f); Palandt/Diederichsen § 1685 Rdn. 5; BT-Drucks 15/2253 S. 12; zum Umgangsrecht der biologischen Eltern nach einer Adoption vgl. die Kritik bei DIJuF JAmt 03, 470 (470) sowie Hoffmann JAmt 03, 453 (454 ff); Motzer FamRB 04, 231 (234 f).

<sup>445</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 12.

<sup>446</sup> Vgl. Motzer FamRB 04, 231 (231 f); Palandt/Diederichsen § 1666 Rdn. 15; zur Umgangsverweigerung durch die Eltern, vgl. m.w.N. Rauscher FamRZ 98, 329 (337); zum Kindeswohlbegriff allgemein, vgl. Coester S. 176 ff; Fink S. 5 ff; Fegeler S. 33 ff.

<sup>447</sup> Vgl. m.w.N. Ehrhardt-Rauch JAmt 04, 175 (178); AnwK/Peschel-Gutzeit 3 1685 Rdn. 9, 15.

<sup>448</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 12.

<sup>449</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 04, 290 (290), wonach neun vereinzelte Kontakte in ca. drei Monaten zu wenig sind; bestätigt durch BVerfG FamRZ 04, 1705 (1705 f); nach OLG Celle, OLG-Report 05, 237 (237) reicht auch ein zweimonatiges Zusammenleben nicht aus; vgl. auch AG Potsdam FamRZ 03, 1995 (1995); OLG Celle FamRZ 05, 78 (78 f); zustimmend Eckebrecht FPR 05, 205 (208).

<sup>450</sup> Luthin FamRZ 05, 706 (706); AnwK/Peschel-Gutzeit § 1685 Rdn. 14, vgl. dazu auch Eckebrecht FPR 05, 205 (208), der jedoch letztlich auf die Prüfung des Einzelfalls verweist.



mit Übernahme der Verantwortung gemäß § 1685 II (2) BGB, als ausreichend angesehen worden<sup>451</sup>. Eine vermittelnde Ansicht will indessen bei einem Kind im Vorschulalter mehrere Monate genügen lassen und bei einem Jugendlichen mindest ein Jahr fordern<sup>452</sup>.

Nicht notwendig ist jedoch der Fortbestand der sozial-familiären Beziehung im Zeitpunkt der Entscheidung. Es ist ausreichend, dass diese in der Vergangenheit bestanden hat und dadurch, jedenfalls in der Vergangenheit, die Stellung einer engen Bezugsperson begründet wurde. Ein aktueller persönlich-vertrauter Bezug des Kindes zu der den Umgang begehrenden Person wird nicht vorausgesetzt<sup>453</sup>. Nach einer - von dieser Rechtsprechung nicht bestätigten - Ansicht soll aber mit einer fortschreitenden Entfremdung an die zeitliche Länge des Zusammenlebens erhöhte Anforderungen gestellt werden<sup>454</sup>. Unbeschadet dessen kann in einem solchen Fall eine Einschränkung allerdings geboten sein, da der Umgang voraussetzt, dass das Erfordernis der Kindeswohl dienlichkeit gewahrt bleibt<sup>455</sup>.

### **f) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung / Kritik**

#### **aa) Gesetzliche Anforderungen**

Fraglich ist, ob die gesetzliche Umsetzung die verfassungsrechtlichen Vorgaben wahrt.

§ 1685 II BGB stellt den biologischen Vater insoweit schlechter, da die Norm, anders als bei den rechtlichen Eltern (§ 1684 I BGB), auf das Kindeswohl abstellt und anders als bei den Großeltern und Geschwistern, eine sozial-familiäre Beziehung fordert (§ 1685 I BGB).

#### **aaa) Erfordernis des Kindeswohls**

Das Abstellen auf das Kindeswohl ist sachgemäß. Das Umgangsrecht korrespondiert mit der Pflicht, für das Kind Verantwortung zu tragen. Eine ordnungsgemäße Ausübung einer solchen Verantwortung impliziert, dass der Umgang nur sinnvoll ist, wenn dies dem Kindeswohl dient.

Entgegen des ausdrücklichen Standpunkts des BVerfG<sup>456</sup> wird vereinzelt vertreten, dass das Umgangsrecht bereits entstehen soll, wenn dies dem Kindeswohl „nicht widerspricht“<sup>457</sup>. Dies würde eine Einschränkung der Anforderung bedeuten und dazu führen, dass der biologische Vater die Kindeswohl dienlichkeit des Umgangs nicht aufzeigen muss.

Entsprechend der gesetzgeberischen Entscheidung ist dies abzulehnen. Unsicherheiten zuungunsten des Kindes sind möglichst zu vermeiden und dementsprechend die Voraussetzung der Kindeswohl dienlichkeit gerechtfertigt<sup>458</sup>. Dieses Erfordernis ist für den biologischen Vater auch verhältnismäßig, da er sich dadurch, wie alle anderen Umgangsberechtigten - außer den rechtlichen Eltern, bei denen diesbezüglich die Vermutung des § 1626 III (1) BGB eingreift - erst legitimieren muss. Eine Erleichterung bietet insoweit

---

<sup>451</sup> BGH FamRZ 05, 705 (705); vgl. dazu Stockmann jurisPR-14/2005 v. 12. Juli 2005.

<sup>452</sup> Motzer FamRB 04, 231 (232).

<sup>453</sup> BGH FamRZ 05, 705 (705); vgl. Stockmann jurisPR-FamR 14/2005 v. 12. Juli 2005; zustimmend Luthin FamRZ 05, 706 (706); Eckebrecht FPR 05, 205 (208); Motzer FamRB 05, 168 (169); so zu verstehen auch BT-Drucks 15/2253 S. 5, 12, 15; BT-Drucks 15/2716 S. 1; - a.A. Palandt/Diederichsen § 1685 Rdn. 6; - zu dem Umgangsrecht genetischer Eltern nach Adoptionsfreigabe vgl. AmtsG Reinbek FamRZ 04, 55 (55 f) und die Kritik bei DIJuF JAmt 03, 470 (470) sowie Hoffmann JAmt 03, 453 (453 ff); Motzer FamRB 04, 231 (234 f).

<sup>454</sup> Motzer FamRB 04, 231 (232).

<sup>455</sup> So zu verstehen BGH FamRZ 05, 705 (706); vgl. dazu Stockmann jurisPR-FamR 14/2005 v. 12. Juli 2005; Luthin FamRZ 05, 706 (706); Motzer FamRB 05, 168 (169).

<sup>456</sup> So das BVerfG in FamRZ 03, 816 (823); vgl. auch BT-Drucks 15/2253 S. 12.

<sup>457</sup> Roth NJW 03, 3153 (3160).

<sup>458</sup> So auch Stockmann jurisPR-FamR 14/2005 v. 12. Juli 2005; Weinreich/Klein § 1685 Rdn. 6; vgl. insoweit auch Rauscher FamRZ 98, 329 (337).

§ 1626 III (2) BGB, wonach in der Regel die Aufrechterhaltung des Umgangs zu Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, geboten ist.

### **bbb) Erfordernis der sozial-familiären Beziehung**

Es ist grundsätzlich ebenfalls sinnvoll, eine sozial-familiäre Beziehung als Voraussetzung für das Umgangsrecht zu machen. Dadurch werden sonstige Umgangsberechtigte zwar schlechter als die rechtlichen Eltern, Großeltern und Geschwister gestellt, jedoch ist wegen deren engen familiären Nähebeziehung dieses Erfordernis vom Gesetzgeber als entbehrlich angesehen worden. Dieses Tatbestandsmerkmal entspricht ferner der Ansicht des BVerfG, nachdem der biologische Vater nur von Art. 6 I GG geschützt wird, wenn er mit dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung unterhält.

### **bb) Kritik zum Erfordernis der sozial-familiären Beziehung**

Eine Ausgestaltung, welche die Erlangung eines Umgangsrechts des biologischen Vaters *zwingend* vom Bestehen einer sozial-familiären Beziehung abhängig macht, ist allerdings problematisch.

Die gesetzliche Regelung wird damit begründet, dass § 1685 II BGB nicht dazu da sei, abgerissene oder nie entstandene Bindungen zu begründen<sup>459</sup>. Dies korrespondiert mit der Ansicht des BVerfG, wonach nur von einem nachwirkenden Schutz auszugehen sei (**D.II.2.c**). Einer solchen Argumentation steht jedoch entgegen, dass das Umgangsrecht im Vergleich zum Anfechtungsrecht das „kleinere Recht“ ist, aber dennoch höhere Anforderungen stellt. § 1685 II BGB setzt das Bestehen einer sozial-familiären Beziehung zwischen biologischem Vater und Kind voraus, während das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters allein daran anknüpft, ob eine sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater gestört wird. Dies erscheint widersprüchlich.

Nach Ansicht von Roth schränkt dieses Erfordernis das Grundrecht des biologischen Vaters aus Art. 6 I und II (1) GG unnötig und unverhältnismäßig ein<sup>460</sup>.

Er vertritt die Auffassung, dass grundrechtlich nicht allein die Fortsetzung einer bereits bestehenden familiären Beziehung des Vaters zu seinem Kind geschützt ist, sondern ebenso das Bestreben, eine solche Beziehung erst zu entwickeln. Jedenfalls soweit der biologische Vater die mangelnde Entstehung einer solchen Beziehung nicht zu vertreten hat, sollte ihm die Möglichkeit dazu eröffnet werden. Ansonsten könnte nach dem Ansatz des BVerfG die Mutter dem biologischen Vater den Umgang mit seinem Kind von Geburt an verweigern und dadurch die Entstehung eines Umgangsrechts verhindern. Demnach hätte die Mutter es in der Hand, den Umgang des biologischen Vaters mit seinem Kind zu vereiteln. Er spricht sich daher für eine diesbezügliche Erweiterung des Umgangsrechts aus.

---

<sup>459</sup> Ehrhardt-Rauch JAmt 04, 175 (178); Hoffmann JAmt 03, 453 (458); Küfner JAmt 03, 466 (472); vgl. dazu auch BVerfG FamRZ 00, 413 (413); BGH FamRZ 01, 1449 (1451), wobei in letzterer Entscheidung explizit offengelassen wurde, ob dies auch gegenüber (rechtlichen) Eltern zu gelten vermag.

<sup>460</sup> Roth NJW 03, 3153 (3160); ebenso die Argumentation bei Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 12; so zu verstehen auch Motzer FamRB 04, 231 (232); zu der ähnlichen Problematik nach altem Recht für den nichtehelichen Vater, Schwenzer FamRZ 92, 121 (127); Dethloff NJW 92, 2200 (2203). Dort war zeitweilig ebenso umstritten, ob bei einer Reform des § 1711 II BGB a.F. nur eine bestehende Eltern-Kind-Beziehung erweitert geschützt werden soll oder ob auch bereits die Entwicklung einer solchen Beziehung schützenswert sei. Aus Kindeswohlbedienlichkeit wurde zu Recht letzteres bejaht. Anders als bei vorliegender Problematik kann aber insoweit eine Konkurrenzsituation zu einer bestehenden sozialen Familie nicht eintreten. Vgl. auch Fahrenhorst S. 418, wonach dem Vater, der im Anschluss an die Geburt des Kindes noch keine Vaterbeziehungen aufbauen konnte, der Schutz des Art. 8 EMRK zukommt; diese Ausführung wurde zwar primär für den nichtehelichen Vater getroffen, jedoch zusammen mit ihren Ausführungen zum Anfechtungsrecht des biologischen Vaters (S. 354 ff), kann dies eingeschränkt auch auf die vorliegende Konstellation übertragen werden.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei einem derartig weitreichenden Umgangsrecht der im Anfechtungsrecht verwirklichte Schutz der sozialen Familie unterlaufen werden kann.

### **cc) Vergleich mit der Interessenlage bei der Vaterschaftsanfechtung**

Demzufolge könnte man daran denken, die Ausgestaltung des Umgangsrechts nach den Abwägungskriterien der Entscheidung über das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters auszurichten. Dies hätte den Vorteil, dass damit wegen der vergleichbaren Interessenlage gleichlaufende Lösungen erlangt werden können und die Rechtseinheitlichkeit gefördert würde. Somit könnte als Anknüpfungspunkt neben dem Kindeswohl auf den Schutz der sozialen Familie abgestellt werden.

Soweit das Kind in eine sozial-familiäre Beziehung zwischen der Mutter und dem rechtlichen Vater hineingeboren wird, scheitert das geltende Anfechtungsrecht des biologischen Vaters am vorrangigen Schutz dieser Beziehung (s.o., inklusive der Kritik, C.II). Ebenso muss das Umgangsrechtsrecht behandelt werden. Wenn das Kind von Anfang an in einer bestehenden sozial-familiären Beziehung aufwächst, übernimmt der rechtliche Vater Elternverantwortung und sorgt sich um das Wohl des Kindes. Die klare Zuordnung der Vaterschaft und die Festlegung einer fixen väterlichen Bezugsperson dient dem Wohl des Kindes. Daraus ergibt sich folglich, dass in derartigen Situationen der biologische Vater vom Umgangsrecht auszuschließen ist, wenn sich nicht bereits zwischen ihm und dem Kind eine Beziehung entwickelt hat und demgemäß § 1685 II BGB geltende Fassung eingreift.

Anders ist dagegen die Situation, wenn es an einer derartigen Beziehung zwischen rechtlchem Vater und Kind fehlt. Eine schützenswerte soziale Gemeinschaft liegt dann nicht vor. Der rechtliche Vater, soweit es einen solchen überhaupt gibt, übernimmt keine Elternverantwortung. Folglich liegt es in der Regel sowohl im Interesse des Kindes wie im Interesse des biologischen Vaters ein soziales Verhältnis nicht nur fortzusetzen, sondern auch erst aufzubauen. Die Mutter hat demgegenüber kein durchsetzbares schützenswertes Interesse, die Verbindung des Kindes mit dem biologischen Vater von Anfang an zu verhindern. Daher könnte in einem solchen Fall an eine Erweiterung des § 1685 II BGB gedacht werden.

### **dd) Vorrang des Anfechtungsrechts**

Zunächst stellt sich allerdings die Frage, ob eine Erweiterung nötig ist oder ob der biologische Vater mittels seines Anfechtungsrechts ausreichend geschützt wird.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass in diesen Konstellationen dem biologischen Vater regelmäßig ein Anfechtungsrecht zusteht und er demzufolge in der Lage ist, rechtlicher Vater des Kindes zu werden. Demnach könnte er, wenn er es in der Hand hat, die rechtliche Vaterstellung - verbunden mit einem privilegierten Umgangsrecht nach § 1684 I BGB - zu erlangen, ausreichend geschützt sein. Dies beinhaltet die Aussage, wenn er die Möglichkeit zur Erlangung der rechtlichen Vaterschaft hat und nicht nutzt, er auch kein Recht auf Umgang haben soll. Soweit diese Annahme Gültigkeit hat, würde dies dem geltenden Recht dergestalt entsprechen, als es keiner Umgangsregelung hinsichtlich des Falls der fehlenden sozial-familiären Beziehung bedürfe, da in diesen Fällen die Anfechtung vorrangig wäre.

Ein solcher „Vorrang des Anfechtungsrechts“ ist jedoch weder § 1685 II BGB noch der Gesetzesbegründung zu entnehmen<sup>461</sup>. Eine derartige Absicht des Gesetzgebers kann in keiner Weise den Gesetzesmaterialien entnommen werden.

---

<sup>461</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 1 ff.

Zu bedenken bleibt ferner, dass es Fälle geben kann, in denen das Anfechtungsrecht ausgeschlossen, aber dennoch ein Umgangsrecht des biologischen Vaters zu erwägen ist. Primär ist an folgende Konstellationen zu denken:

Beim Tod des rechtlichen Vaters ist nach geltender Gesetzeslage die Anfechtung ausgeschlossen, da in diesem Fall eine sozial-familiäre Beziehung in der Vergangenheit weiterhin anfechtungsausschließend ist. Für das Kind kann es jedoch durchaus förderlich sein, wenn zwar seine Statussicherheit fortbesteht, aber der biologische Vater, der noch keine Beziehung zu dem Kind unterhält, zumindest in eine umgangsberechtigte Stellung einrückt.

Des Weiteren ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn die Anfechtungsfrist abgelaufen ist. Dies ist dann kritisch zu sehen, wenn die sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater nachträglich ihr Ende gefunden hat, der biologische Vater aber nur deswegen die Anfechtung nicht mehr ausüben kann, weil die Anfechtungsfrist zu einer Zeit abgelaufen ist, in der wegen der noch bestehenden Beziehung die Anfechtung ausgeschlossen war<sup>462</sup>.

### **ee) Zwischenergebnis**

Die geltende gesetzliche Lage ist demzufolge dahingehend zu kritisieren, dass das Umgangsrecht des biologischen Vaters, der bisher noch keine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind unterhält, auch dann ausscheidet, wenn keine schützenswerte sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater gestört wird.

Folglich spricht einiges für die Erweiterung des Umgangsrechts in solchen Situationen.

Fraglich ist, wie dieses wünschenswerte Ergebnis gesetzestechnisch umgesetzt werden kann. Vorrangig ist an eine verfassungskonforme Auslegung zu denken.

#### **aaa) Vorrang des Anfechtungsrechts**

Hinsichtlich eines Vorrangs des Anfechtungsrechts könnte, mangels zustimmender noch ablehnender Stellungnahme des Gesetzgebers und der Offenheit der gesetzlichen Umsetzung, an eine derartige Auslegung gedacht werden. Eine umfassende Problemlösung scheidet aber auch insoweit aus, da damit Fälle nicht erfasst werden können, in denen ein Umgangsrecht sinnvoll ist, aber die Anfechtung aus anderen Gründen ausgeschlossen bleibt (s.o.).

#### **bbb) Erweiterung des Umgangsrechts, soweit keine sozial-familiäre Beziehung gestört wird**

Ferner könnte das Erfordernis der sozial-familiären Beziehung derart eingeschränkt ausgelegt werden, dass dies entbehrlich wird, wenn mit dem Umgang keine Störung einer bestehenden sozial-familiären Beziehung verbunden ist. Da wegen der Gefahr eines „Umgangstourismus“ die Weite der gesetzlichen Umgangsrechtserweiterung bereits umstritten war<sup>463</sup>, muss dies aber zumindest auf den biologischen Vater begrenzt werden. Anderenfalls wäre es auch nicht möglich, den Kreis der Berechtigten festzulegen, da mangels vorhergehender Beziehung die Anknüpfung an die Stellung als enge Bezugsperson ausscheidet.

Demnach kann überlegt werden, ob man das Umgangsrecht erweitert und *„dem biologischen Vater ein Recht auf Umgang mit seinem Kind einräumt, wenn dies dem Kindeswohl dient und dadurch eine bestehende sozial-familiäre Beziehung nicht gestört wird.“*

Das Problem an einer derartigen Auslegung oder gesetzlichen Ergänzung liegt aber darin, dass ein solcher Vorschlag an der Rechtsstellung des biologischen Vaters anknüpfen würde.

Die geltende Fassung des § 1685 II BGB setzt dagegen an der Stellung als *enge Bezugsperson* an und ermöglicht es, gegebenenfalls den biologischen Vater darunter zu subsumieren. Eine spezielle Regelung für den biologischen Vater sieht das Gesetz nicht vor. Ein gegenläufiger

---

<sup>462</sup> Entsprechend § 1600 b II (2) HS. 2 BGB; vorausgesetzt man geht mit obiger (C.II.1.e.cc.bbb.bbbb) Argumentation von einem Wiederaufleben des Anfechtungsrechts aus; anderenfalls wäre die Beendigung der sozialen Beziehung ohne Wiederaufleben des Anfechtungsrechts eine weitere denkbare Konstellation

<sup>463</sup> BT-Drucks 15/2253 S. 15 f, 21.

Vorschlag des Bundesrates, der § 1685 II BGB lediglich auf *leibliche Väter* ausweiten wollte, wurde - ohne die folgende Problematik überhaupt zu erkennen - nicht umgesetzt<sup>464</sup>.

Das Problem liegt darin, dass es für die Festlegung besonderer Rechte des biologischen Vaters zuvor einer Feststellung seiner Vaterschaft bedürfe. Dies entspricht faktisch einer Vaterschaftsabänderung. Über deren Zulässigkeit entscheidet jedoch § 1600 BGB abschließend. Eine darüber hinaus gehende Feststellung der Vaterschaft im Bereich des § 1685 II BGB würde diese ausdifferenzierte Regelung umgehen und der Sperrwirkung einer bestehenden Vaterschaft widersprechen.

### **ccc) Schlussfolgerung**

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass eine Erweiterung des Umgangsrechts des biologischen Vaters wünschenswert wäre, aber nicht auf diesem Wege verwirklicht werden kann. Die Lösung des Problems liegt vielmehr im Bereich des Anfechtungsrechts und spricht für die Umsetzung der dort geforderten Reform.

### **ff) Reformansatz: § 1685 II a - alternativ**

Die Ausgangslage ist demgemäß anders, wenn dem Reformvorschlag hinsichtlich des Anfechtungsrechts gefolgt wird (C.II.5). Dieser bietet den Vorteil, dass mit der Feststellung der biologischen Vaterschaft dessen Rechtsstellung eigenständig wird und daran eigene Rechte angeknüpft werden können.

Möglich wäre demzufolge eine Erweiterung des Umgangsrechts mittels Einfügung von:

#### **§ 1685 II a - alternativ:**

*„Ferner hat der nach § 1600 Absatz 2 Satz 2 (- alternativ) festgestellte biologische Vater ein Recht auf Umgang mit seinem Kind, wenn dies dem Kindeswohl dient und dadurch eine bestehende sozial-familiäre Beziehung im Sinne von § 1600 Absatz 2 Satz 4 bis 7 (-alternativ) des Kindes zu seinem rechtlichen Vater nicht gestört wird.“*

Obwohl der Reformvorschlag die Rechte des biologischen Vaters ausweitet und insbesondere ein Wiederaufleben der Vaterschaftsanfechtung bei Verfristung oder Tod vorsieht, ist diese Erweiterung geboten, da das Anfechtungsrecht dennoch nicht unbegrenzt ist (s.o. C.II.5).

Die Erweiterung ist auch angemessen, da das Umgangsrecht nach wie vor unter dem Vorbehalt des Kindeswohls steht und somit ausreichend eingeschränkt werden kann.

### **g) Rechtsprechung des EGMR**

Weiterhin ist zu untersuchen, wie sich die dargestellte Problematik im Bereich des Umgangsrechts mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbaren lässt.

Ausgangspunkt der Ausführungen des EGMR ist regelmäßig, dass für einen Elternteil und sein Kind das Zusammensein den grundlegenden Bestandteil des Familienlebens darstellt<sup>465</sup>.

Der EGMR geht dabei von einer weiten Schutzbedürftigkeit des Familienlebens aus. Wie eingangs festgestellt (B.VI.2) sieht der EGMR, anders als das BVerfG, eine *vor der Geburt bestehende Beziehung zwischen den Eltern* als ausreichend für den Schutz der Familienbeziehung des Vaters *zu seinem Kind* an.

Dies bedeutet, dass der EGMR, abweichend von § 1685 II BGB, nicht eine bestehende sozial-familiäre Beziehung zwischen dem biologischen Vater und seinem Kind fordert, sondern es

<sup>464</sup> So BT-Drucks 15/2253 S. 15 f, wonach § 1685 II BGB nur begrenzt auf den *leiblichen Vater* erweitert werden sollte, ohne dass obige Problematik erkannt wurde; ebenso BT-Drucks 15/2492 S. 8; unkritisch aber auch das BVerfG (FamRZ 03, 816 (822 ff)), welches sich in der Ausgangsentscheidung nur für eine Erweiterung des § 1685 II BGB auf biologische Väter ausspricht, ohne dazu Stellung zu nehmen, wie die hier aufgeworfene Problematik behandelt werden könnte; zustimmend NDV 03, 413 (415).

<sup>465</sup> Vgl. m.w.N. EGMR NJW 01, 2315 (2317 - Elsholz).

ausreichen lässt, dass eine Familienbeziehung zwischen den Eltern vor der Geburt bestanden hat. Seiner Ansicht nach wird das Kind ipso iure Bestandteil dieser Beziehung und kann jedem der beiden Elternteile, trotz Trennung, ein Elternrecht vermitteln.

Insoweit ist § 1685 II BGB in Bezug auf biologische Väter mit Art. 8 EMRK nur bedingt vereinbar. Dies bekräftigt obigen Reformvorschlag und spricht für eine Ausweitung des Umgangsrechts der biologischen Väter. Da der Schutz nach Art. 8 EMRK nicht unbegrenzt gilt, ist entsprechend des Reformvorschlags eine Einschränkung des Umgangsrechts nötig und eine Nichtgewährung nach Art. 8 II EMRK gerechtfertigt, wenn dadurch eine bestehende sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater gestört wird.

Folglich bestätigt sich der Reformvorschlag in der Rechtsprechung des EGMR. Um Konventionsverletzungen zu vermeiden, ist demzufolge eine derartige Umsetzung zu fordern.

### **3) Auskunftsrecht § 1686 BGB**

Ein weiteres zentrales Elternrecht ist das Auskunftsrecht nach § 1686 BGB. Darunter versteht man das Recht, über die persönlichen Verhältnisse des Kindes und insbesondere über dessen Befinden und Entwicklung informiert zu werden<sup>466</sup>.

#### **a) Rechtliche Stellung nach § 1686 BGB**

Das Auskunftsrecht nach § 1686 BGB steht ausweislich des Wortlautes nur den Eltern zu. Unter Eltern versteht das Familienrecht grundsätzlich nur die rechtliche Elternschaft (s.o.).

Das Auskunftsrecht besteht unabhängig davon, ob die Eltern miteinander verheiratet sind und wer das Sorgerecht für das Kind trägt<sup>467</sup>. Voraussetzung des Anspruchs ist, dass es sich um ein berechtigtes Interesse handelt und es dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Anders als das Umgangsrecht nach § 1685 BGB hängt das Auskunftsrecht nicht von der Kindeswohl dienlichkeit ab, sondern ist nur ausgeschlossen, soweit darin ein Widerspruch zum Kindeswohl zu sehen ist.

Letztlich könnte man § 1686 BGB als nachrangiges Recht zum Umgangsrecht ansehen. Wer im Besitz eines solchen ist, kann daher, soweit er ein berechtigtes Interesse hat, oftmals auch ein Auskunftsrecht geltend machen.

An dieser Aussage ist allerdings bedenklich, dass § 1686 BGB ein solches Recht nur den Eltern zuweist, während das Umgangsrecht mittels § 1685 BGB ebenso andere Personen beanspruchen können. Dies erscheint widersprüchlich. Als das nachrangige und kleinere Recht ist es demzufolge angebracht - entgegen einer teilweise ablehnenden Ansicht<sup>468</sup> - auch den umgangsberechtigten Personen, zumindest dem biologischen Vater, ein derartiges Recht zu gewähren. Wenn der biologische Vater bereits in einer sozial-familiären Beziehung zu dem Kind steht und dies dem Kindeswohl dient, ist es gerechtfertigt, ihm ein Auskunftsrecht einzuräumen. Gegenläufige Interessen des Kindes oder der rechtlichen Eltern können sich dagegen nicht durchsetzen. Als Regulativ vor einer zu weit gehenden Auskunftspflicht bleibt

---

<sup>466</sup> Staudinger/Rauscher § 1686, Rdn. 6; Palandt/Diederichsen § 1686 Rdn. 7.

<sup>467</sup> Palandt/Diederichsen § 1686 Rdn. 3; Staudinger/Rauscher § 1686 Rdn. 4.

<sup>468</sup> Staudinger/Rauscher § 1686 Rdn. 4, wonach die Auskunft kein Ersatz oder Ergänzung des Umgangsrechts ist, sondern auf der Elternstellung beruht und anderenfalls auch das Persönlichkeitsrecht des Kindes unangemessen tangiert wäre; ebenso Rauscher Rdn. 1124; ders. FamRZ 98, 329 (339); AnwK/Peschel-Gutzeit § 1686 Rdn. 4; ebenso Weinreich/Klein § 1686 Rdn. 2, der zwar eine derartige Anwendung als sinnvoll erachtet, aber eine Regelungslücke verneint und das Auskunftsrecht allein auf die Elternstellung stützt.

nämlich die Notwendigkeit des berechtigten Interesses, sodass entgegenstehende Belange abgewogen werden können. Folglich ist es nicht hinnehmbar, dem biologischen Vater das Auskunftsrecht gänzlich zu versagen.

Dementsprechend ist nach richtiger Ansicht<sup>469</sup> grundsätzlich auch der gemäß § 1685 II BGB *umgangsberechtigte* biologische Vater auskunftsberechtigt.

### **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Soweit man die Norm des § 1686 BGB derart analog anwendet, bestehen diesbezüglich keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Mittels dieser Argumentation kann jedoch dem *nicht umgangsberechtigten* biologischen Vater kein Auskunftsrecht zugesprochen werden.

Demzufolge stellt sich die Frage, ob sich in diesem Fall ein derartiges Recht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des biologischen Vaters herleiten lässt.

Dabei darf aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass dieses Recht wiederum mit den Rechten der rechtlichen Eltern und des Kindes aus Art. 6 I und II sowie Art. 2 I GG kollidieren kann. Insbesondere ist gemäß Art. 6 I GG eine bestehende soziale Familie zu schützen. Mittels Abwägung, entsprechend obiger Argumentation, kommt man daher aufgrund der praktischen Konkordanz zu dem Ergebnis, dass das Auskunftsrecht des nicht umgangsberechtigten biologischen Vaters, ebenso wie dessen Anfechtungs- und Umgangsrecht (s.o.), zum Schutz der sozialen Familie zurücktreten muss.

### **c) Reformansatz zu § 1685 II BGB**

Um diesbezüglich Streitigkeiten zu vermeiden und um eine einheitliche Terminologie des Begriffs der Elternschaft beizubehalten, wäre es sinnvoll, § 1686 BGB dergestalt zu erweitern und das Recht ausdrücklich auf den

*„... umgangsberechtigten nach § 1600 Absatz 2 Satz 2 (-alternativ) festgestellten biologischen Vater....“*

auszudehnen.

## **4) Recht auf Klärung der genetischen Abstammung**

Ein Interesse des Mannes kann auch dahingehend vorliegen, dass er Kenntnis und Gewissheit haben will, ob das Kind von ihm abstammt. Nach Aussage des BVerfG entspricht dieser Wunsch dem eigenen Selbstverständnis und der Möglichkeit, sich als Individuum sozial und genealogisch in eine Beziehung zu anderen zu setzen<sup>470</sup>. In Angleichung an das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner biologischen Herkunft<sup>471</sup> wird daher dem Mann vielfach ein berechtigtes Interesse an Kenntnis seiner Nachkommenschaft zugesprochen<sup>472</sup>.

<sup>469</sup> So auch Palandt/Diederichsen § 1686 Rdn. 3; AG Reinbek FamRZ 04, 55 (56).

<sup>470</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (820); ebenso BT-Drucks 13/4899 S. 57, wonach das Interesse eines Mannes zu wissen, ob er kinderlos sterben werde oder nicht, nicht als völlig belanglos abgetan werden kann.

<sup>471</sup> Auskunftsanspruch des Kindes aus § 1618 a BGB i.V.m. Art. 1 und 2 GG, soweit nicht der Schutz der Intimsphäre der Mutter überwiegt; vgl. m.w.N. Palandt/Diederichsen Einf. v. 1591 Rdn. 2 f; grundlegend: BVerfG FamRZ 89, 255 (255 ff); umfassend dazu Meyer S. 21 ff.

<sup>472</sup> Helms FamRZ 97, 913 (914); Frank S. 92; Bohnert FPR 02, 383 (388); Wellenhofer FamRZ 05, 665 (667); Rittner/Rittner NJW 02, 1745 (1749); ähnlich Ebeling/Zimmermann DEuFamR 99, 25 (34); MüKo/Wellenhofer-Klein § 1600 Rdn. 10; OLG Thüringen FamRZ 03, 944 (945); BGH FamRZ 99, 716 (716); - a.A. Müller S. 152, der ein Recht auf Kenntnis ohne damit verbundener Begründung von rechtlichen Beziehungen zwischen ihnen

Das Ziel ist, die genetische Abstammung festzustellen, ohne dabei statusrechtliche Folgen herbeizuführen. Zu denken wäre insbesondere an die Zulässigkeit einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage.

### **a) Rechtliche Stellung**

Die Vor- und Nachteile einer solchen statusunabhängigen Feststellungsklage wurde bisher nur in Bezug auf das Recht *des Kindes* auf Kenntnis seiner Abstammung diskutiert. Im Hinblick auf die Vaterschaft wird eine derartige Klage des Kindes, nach der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers, von der Literatur und Rechtsprechung einhellig abgelehnt (s.o. - **C.II.3**). Hinsichtlich der Mutterschaft besteht eine solche Einigkeit nicht, da der Gesetzgeber eine derartige Klagemöglichkeit des Kindes erwogen hat und eine definitive Entscheidung der Rechtsprechung noch aussteht (s.o. - **C.I.6.a**).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das deutsche Recht jedenfalls eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage *durch das Kind* hinsichtlich der Vaterschaft nicht vorsieht.

Ebenso wenig ist für *den biologischen Vater* im deutschen Familienrecht ein derartiges Recht normiert. Ein solches könnte sich höchstens unmittelbar aus dem Grundgesetz ergeben.

### **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Es ist daher zu untersuchen, inwieweit aus der Verfassung ein Recht des biologischen Vaters auf isolierte Klärung der Abstammung abgeleitet werden kann.

#### ***aa) Stellung des BVerfG***

Das BVerfG hat dies in seinem Urteil über die Zulässigkeit von Anfechtungsklagen biologischer Väter angesprochen, aber ausdrücklich keiner Entscheidung zugeführt<sup>473</sup>. In der Entscheidung wurde lediglich festgestellt, dass dadurch sein geschütztes Recht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG betroffen wird, jedoch wurde offen gelassen, ob aus dem Persönlichkeitsrecht ein Anspruch auf gerichtliche Klärung der Abstammung erwächst.

Demzufolge stellt sich die Frage, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ein derartiges Recht begründen kann.

#### ***bb) Ansicht der familienrechtlichen Rechtsprechung***

Dies wird von der einschlägigen familienrechtlichen Rechtsprechung<sup>474</sup> verneint und mit dem Schutz der Familie und dem Gesichtspunkt des Kindeswohls gerechtfertigt. Soweit keine schützenswerte sozial-familiäre Beziehung des Kindes zu seinem rechtlichen Vater besteht, ist die Vaterschaftsanfechtung zulässig. Soweit eine solche allerdings vorliegt, darf sie auch nicht auf andere Weise gestört werden<sup>475</sup>. Dies würde einer Umgehung der oben ermittelten Grundsätze darstellen und ist demzufolge unzulässig.

---

ablehnt, da eine Vaterschaft ohne Verantwortungsübernahme als nicht anerkennenswert angesehen wird vgl. auch OLG Düsseldorf FamRZ 03, 1578 (1579).

<sup>473</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (820).

<sup>474</sup> So insb. OLG Düsseldorf FamRZ 03, 1578 (1579); vgl. auch OLG Hamm FamRZ 99, 1365 (1366); OLG Köln NJW-RR 02, 4 (5); ausdrücklich offengelassen aber BVerfG FamRZ 03, 816 (820).

<sup>475</sup> Missverständlich Reichelt/Schmidt/Schmidtke FamRZ 95, 777 (779), die (zum alten Recht) insoweit auf den Ausschluss des Anfechtungsrechts verweisen, dem biologischen Vater aber wohl ein Recht zur Klärung der Abstammung, mittels heimlichem Vaterschaftstest, zusprechen wollen; wohl ebenso LG München FamRZ 03, 1580 (1581).



Teilweise wird die isolierte Feststellung der Vaterschaft ohne statusrechtliche Folgen auch bereits deswegen abgelehnt, da eine Vaterschaft ohne Verantwortungsübernahme als nicht anerkennenswert angesehen wird<sup>476</sup>.

Das Interesse des Vaters sei ferner nicht mit dem verfassungsrechtlich geschützten Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung vergleichbar. Die Kenntnis der Abstammung habe, insbesondere wegen des vorhandenen genetischen Erbgutes des Erzeugers, für die Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes einen wesentlich höheren Stellenwert als die Kenntnis des Mannes von etwaigen Nachkommen<sup>477</sup>.

### ***cc) Stellungnahme***

Dem ist prinzipiell zuzustimmen. Das Interesse des Kindes, insbesondere da es sich noch in der Entwicklung befindet, wird richtigerweise höherwertiger als das des biologischen Vaters eingeschätzt.

Wie aber das BVerfG (s.o.) festgestellt hat, entspricht dieser Wunsch des Vaters dem eigenen Selbstverständnis und der Möglichkeit, sich als Individuum sozial und genealogisch in eine Beziehung zu anderen zu setzen<sup>478</sup>. Eine gänzliche Verneinung jeglichen Interesses ist demgemäß abzulehnen.

Dabei ist nicht zu übersehen, dass sich das Anliegen des Vaters vielfach im Interesse des Kindes wiederfindet. Dem Interesse des Kindes wird allerdings oftmals mit der Argumentation Rechnung getragen, dass diesem mit Erlangung der Volljährigkeit ein eigenständig durchsetzbares Anfechtungsrecht zusteht (§ 1600 b III BGB) und es damit sein Kenntnisrecht selbständig verfolgen kann<sup>479</sup>. Vorteilhafter erscheint, das Kindesinteresse und damit das Kindeswohl bereits in die Entscheidung über die Rechte des biologischen Vaters einfließen zu lassen, da dieser somit als Sachwalter des Kindes agieren könnte. Insbesondere ist für die Entwicklung des Kindes eine frühzeitige Klärung oftmals von Vorteil.

In diesem Zusammenhang muss jedoch die Sperrwirkung einer bestehenden Vaterschaft berücksichtigt werden. Solange eine Vaterschaft eines Dritten besteht, ist diese grundsätzlich zu achten und dem Schutz der sozialen Familie Vorrang einzuräumen (s.o.). Dieser Vorrang besteht seiner Reichweite nach absolut<sup>480</sup>. Für eine Durchbrechung dieses Schutzes ist das Anfechtungsverfahren grundsätzlich abschließend. Eine Änderung oder auch nur Störung ist diesem Verfahren vorbehalten.

Infolgedessen ist nach *geltendem Recht* prinzipiell die Möglichkeit einer isolierten Klärung der genetischen Abstammung abzulehnen.

### **c) Reformansatz**

Diese Argumente greift der Reformansatz zum Anfechtungsrecht auf (C.II.5), versucht aber, die aufgeworfene Problematik anders zu lösen und zusätzlich den Interessen des biologischen Vaters und dem Kindeswohl Rechnung zu tragen.

Über die dort vorgetragenen Argumente hinaus (vgl. unter C.II.5), wird das Kindeswohl zusätzlich dahingehend berücksichtigt, dass das Kind zwar die Vaterschaft selbständig

---

<sup>476</sup> So insb. Müller S. 151 f, der eine folgenlose Feststellungsklage des präsuntiven Vaters ablehnt, da eine begründetes Feststellungsinteresse hinsichtlich der Abstammung, ohne Statuierung einer rechtlichen Beziehung, nicht anerkennenswert sei.

<sup>477</sup> So OLG Düsseldorf FamRZ 03, 1578 (1579).

<sup>478</sup> Vgl. FbN. 470.

<sup>479</sup> So insb. OLG Düsseldorf FamRZ 03, 1578 (1579); ähnlich auch die Argumentation des BVerfG zum Anfechtungsrecht des biologischen Vaters (FamRZ 03, 816 (821)), wonach das Gericht sich auf diese Argumentation stützt, aber explizit offen lässt, ob das Anfechtungsrecht des Kindes dessen grundrechtlich geschützte Position ausreichend Rechnung trägt.

<sup>480</sup> Vgl. dazu FbN. 121.

anfechten und gegen seine Mutter einen Auskunftsanspruch<sup>481</sup> hinsichtlich der Kenntnis seines genetischen Vaters erheben kann, jedoch diese Schutzinstrumente in vielen Fällen wegen des geringen Alters des Kindes leer laufen. Diese gegenläufigen Interessen bringt der Reformansatz in Ausgleich und räumt folglich ein eingeschränktes Recht des Vaters auf Klärung der genetischen Abstammung ein. Dieses kann allerdings *nur* im Zusammenhang mit der Anfechtungsklage geltend gemacht werden (**C.II.5.a.bb** und **ff.bbb.eeee**, § 1600 II (2) - alternativ). Der biologische Vater kann sich dabei nicht auf ein reines Feststellungsbegehren begrenzen. Im Rahmen der Anfechtung muss er vielmehr bereit sein, soweit der rechtliche Vater die Vaterschaft nicht qualifiziert anerkennen will, die väterlichen Rechte und Pflichten vollumfänglich zu übernehmen.

Eine *isolierte* Feststellung widerspricht daher ebenso dem Gedanken des Reformansatzes.

Aus den selben Gründen ist weitgehend anerkannt, dass dem *biologischen* Vater die Durchführung eines heimlichen Vaterschaftstests zu untersagen ist<sup>482</sup>. Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Problematik, insbesondere hinsichtlich des entsprechenden Rechts für den *rechtlichen* Vater, bleibt späteren eigenständigen Ausführungen vorbehalten (**E.II.9.e** und **F**, dort insbesondere **F.IV.1.b.cc.aaa**).

## **5) Recht zur Mitteilung der genetischen Abstammung**

Im Zusammenhang mit dem Recht auf Feststellung der Abstammung ist das Interesse des biologischen Vaters, dies dem auch Kind mitzuteilen. Dieses Anliegen korrespondiert mit dem, aus dem Persönlichkeitsrecht des Kindes abgeleiteten Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung<sup>483</sup>. Grundlage einer derartigen Mitteilung kann sowohl die sichere Kenntnis der genetischen Vaterschaft als auch deren unsichere Vermutung sein. Dabei ist eine rechtmäßige sowie rechtswidrige Erlangung der Kenntnis möglich<sup>484</sup>.

### **a) Rechtliche Stellung**

Das Familienrecht sieht ein Recht auf Mitteilung der Abstammung nicht vor.

Eine feststehende Vaterschaft bewirkt grundsätzlich eine negative Sperrwirkung gegenüber einer anderen Vaterschaft<sup>485</sup>. Eine Vaterschaft und ihre Rechtswirkungen können demzufolge nicht geltend gemacht werden, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht.

Die negative Sperre führt dazu, dass sowohl das Behaupten einer anderen Vaterschaft (Behauptensverbot) als auch das Bestreiten einer bestehenden Vaterschaft ohne Behauptung einer anderweitigen Vaterschaft (Bestreitensverbot) unzulässig ist.

Das Bestreitensverbot ergibt sich nach geltender Rechtslage<sup>486</sup> inzident aus § 1599 I BGB, wonach die Beseitigung einer rechtlichen Vaterschaft *nur* mittels rechtskräftiger Feststellung

---

<sup>481</sup> Vgl. FbN. 471.

<sup>482</sup> So die h.M.; vgl. das Kapitel **F.I** und insb. **F.IV.1.b.cc.aaa**; abweichend davon Reichelt/Schmidt/Schmidtke FamRZ 95, 777 (779), die (zum alten Recht) zwar auf den Ausschluss des Anfechtungsrechts verweisen, dem biologischen Vater aber wohl ein Recht zur Klärung der Abstammung mittels heimlichem Vaterschaftstest zusprechen wollen; wohl ebenso LG München FamRZ 03, 1580 (1581).

<sup>483</sup> Vgl. FbN. 471.

<sup>484</sup> Zu Bestimmung der Rechtswidrigkeit vgl. das Recht auf Klärung der genetischen Vaterschaft unter **D.II.4** und die Problematik bei Durchführung heimlicher Vaterschaftstests unter **F.I**.

<sup>485</sup> Vgl. dazu FbN. 121.

<sup>486</sup> Nach dem Recht vor 1998 war nach § 1593 BGB a.F. die „Geltendmachung“ der Nichtehelichkeit vor Anfechtung und Feststellung der Nichtehelichkeit verboten; vgl. Gaul FamRZ 97, 1441 (1448); BGH FamRZ 81, 538 (538); MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 44, 46.

im Vaterschaftsanfechtungsverfahren zulässig ist. Im Umkehrschluss daraus ergibt sich demgemäß, dass eine bestehende Vaterschaft nicht auf anderem Wege angreifbar sein soll<sup>487</sup>. Das Behauptensverbot betrifft die Konkurrenz mehrerer Vaterschaftsanwärter und ist im Gesetz ausdrücklich geregelt. In den Fällen der Anerkennung und gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft kann diese nicht wirksam werden, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht, §§ 1594 II, 1600 d I BGB<sup>488</sup>. Bei der Vaterschaft auf Grund Ehe bedarf es dagegen keiner ausdrücklichen Sperrnorm, da diese bereits mit der Geburt vorrangig entsteht und eine Konkurrenz der Vaterschaften zu diesem Zeitpunkt daher nicht möglich ist

Klarzustellen ist, dass diese Normen nicht nur die anderweitige rechtliche Abänderung der Vaterschaft betreffen, sondern zugleich das bloße öffentliche Behaupten oder Bestreiten mituntersagen. Infolgedessen kann daraus ein Unterlassungsanspruch abgeleitet werden<sup>489</sup>.

### **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Diese Ausgestaltung ist verfassungsrechtlich geboten.

Als Grundlage eines Rechts auf Mitteilung der genetischen Abstammung kommt allenfalls Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG in Betracht. Ähnlich wie die Frage eines Rechtes auf isolierte Klärung der Abstammung (**D.II.4**) wird dies grundsätzlich verneint und mit der abschließenden Regelungsmaterie der Vaterschaftsanfechtung sowie dem Schutz der sozialen Familie und des Kindeswohls gerechtfertigt<sup>490</sup>.

Der Reformvorschlag (**C.II.5**) weicht teilweise davon ab. Nach dessen Ausgestaltung ist die Feststellung der genetischen Vaterschaft erweitert und in diesem Rahmen demzufolge die Mitteilung der Abstammung zulässig (**C.II.5.a**).

Ein darüber hinaus gehendes Recht wird aus den genannten Gründen aber ebenso nach dieser Ansicht abgelehnt.

## **6) Adoption §§ 1741 ff BGB**

Eine weitere relevante Fallgestaltung hinsichtlich der Rechte eines biologischen Vaters ergibt sich bei einer anstehenden Adoption des Kindes durch Dritte.

Eine Adoption führt zur vollständigen Trennung des adoptierten Kindes von seiner ursprünglichen Familie und dessen Integration in die aufnehmende Familie. Mit der Annahme erlischt gemäß § 1755 I BGB grundsätzlich<sup>491</sup> das bisherige Verwandtschaftsverhältnis. Um diesen Beziehungen ausreichend Schutz zu gewähren, bestehen die nachfolgend (**a**) genannten Adoptionsvoraussetzungen.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der biologische Vater rechtlich nicht als Verwandter des Kindes gilt und sich daher die Frage stellt, inwieweit dem biologischen Vater diesbezüglich eigene Rechte zukommen.

---

<sup>487</sup> Rauscher Rdn. 770; ders. FPR 02, 352 (353); Staudinger/Rauscher § 1592 Rdn. 73 ff, 75 sowie § 1599 Rdn. 57 f; MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 46; Zimmermann DNotZ 98, 404 (407); zweifelnd, aber i.E. ebenso Gaul FamRZ 97, 1441 (1448); Erman/Holzhauer § 1592 Rdn. 6.

<sup>488</sup> Rauscher Rdn. 770; ders. FPR 02, 352 (353); Staudinger/Rauscher § 1592 Rdn. 73 ff, 76 sowie § 1599 Rdn. 57 f; Erman/Holzhauer § 1592 Rdn. 6.

<sup>489</sup> Frank StAZ 03, 129 (132); vgl. dazu den Fall in BGH FamRZ 81, 538 (538); kritisch dazu Frank S. 80.

<sup>490</sup> Vgl. bspw. BGH FamRZ 81, 538 (538) und ansatzweise in OLG Hamm FamRZ 99, 1365 (1366); OLG Düsseldorf FamRZ 03, 1578 (1579).

<sup>491</sup> Ausnahmen: §§ 1755 II, 1756 I, II BGB.

### **a) Rechtliche Stellung im Rahmen des Adoptionsverfahrens**

Neben weiteren Voraussetzungen schreibt § 1747 I (1) BGB vor, dass zur Annahme eines Kindes die Einwilligung der Eltern erforderlich ist. Nach dem allgemeinen Verständnis des Familienrechts sind damit nur die rechtlichen Eltern erfasst (s.o.). Dies ergibt sich auch aus dem Umkehrschluss zu § 1747 I (2) BGB, wonach für den Fall, dass keine rechtliche Vaterschaft besteht, derjenige seine Einwilligung erklären muss, der gemäß § 1600 d II (1) BGB glaubhaft<sup>492</sup> macht, der Mutter während der Empfängniszeit beigeohnt zu haben<sup>493</sup>. Diese Vaterschaftsvermutung soll dem Schutz des biologischen Vaters dienen. Die Regelung greift aber nur, soweit keine anderweitige rechtliche Vaterschaft besteht. Eine statusrechtliche Feststellung der eigenen Vaterschaft wird dagegen bewusst nicht vorausgesetzt.

Zusätzlich muss beachtet werden, dass die Einwilligung des Vaterschaftsprätendenten nach § 1747 I (2) BGB, ebenso wie die eines noch nie sorgeberechtigten rechtlichen Vaters eines nichtehelichen Kindes, gemäß § 1748 IV BGB vereinfacht ersetzbar ist (§ 1747 I BGB).

### **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Die Ausgestaltung der geltenden Rechtslage geht im Wesentlichen auf ein Urteil des BVerfG von 1995 zurück<sup>494</sup>. In dieser grundlegenden Entscheidung wurde erstmalig festgestellt, dass der genetische Vater jedenfalls dann Träger des Elternrechts aus Art. 6 II (1) GG sein kann, wenn er nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften als Vater feststeht (**B.I.2.a**).

Hinsichtlich der damaligen abweichenden Rechtslage wurde ausgesprochen, dass es mit Art. 6 II (1) GG nicht vereinbar ist, soweit bei einer Adoption des nichtehelichen Kindes durch seine Mutter<sup>495</sup> oder deren Ehemann, weder die Einwilligung des (rechtlichen) Vaters noch eine Abwägung mit dessen Belangen vorgesehen ist<sup>496</sup>.

Diesen Erfordernissen ist der Gesetzgeber durch die Kindschaftsrechtsreform nachgekommen und hat darüber hinaus gehend - wie später durch die verfassungsrechtliche Rechtsprechung bezüglich des biologischen Vaters bestätigt (**B.I.2.a**) - ein Einwilligungsrecht des rechtlichen sowie alternativ des präsuntiven Vaters festgesetzt (§ 1747 I (1) und (2) BGB)<sup>497</sup>.

Da sich das Einwilligungserfordernis des rechtlichen und präsuntiven Vaters gegenseitig ausschließen, ist hinsichtlich der Beurteilung der gesetzlichen Lage danach zu differenzieren, ob eine Person rechtlich als Vater anerkannt ist (**aa - bb**).

---

<sup>492</sup> Entgegen der gesetzlichen Intention im Rahmen des § 1600 I Nr. 2 BGB genügt im Rahmen des § 1747 I (2) BGB die Glaubhaftmachung. Im Interesse eines höheren Rechtsschutzes wurde dies bei § 1600 I Nr. 2 BGB als nicht ausreichend angesehen (s.o. **C.II.1.c.aa**). Insoweit besteht daher eine Divergenz, die wohl darauf zurückzuführen ist, dass der Gesetzgeber bei der Reform des Adoptionsrechts diese Erkenntnis noch nicht hatte und eine spätere Anpassung insoweit übersehen wurde.

<sup>493</sup> Allgemein zur Rechtsstellung des Vaterschaftsprätendenten Helms, JAmt 01, 57 (57 ff).

<sup>494</sup> BVerfG FamRZ 95, 789 (789 ff); zu den verfassungsrechtlichen Auswirkungen dieser Entscheidung insb. Salgo NJW 95, 2129 (2129 ff).

<sup>495</sup> § 1741 II (2) BGB a.F.; vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 70, wonach seit der Kindschaftsreform die Möglichkeit entfallen ist, das eigene nichteheliche Kind zu adoptieren.

<sup>496</sup> Vgl. § 1747 II BGB a.F. wonach nur die Mutter einwilligungsberechtigt war und darüber hinaus die Mitwirkung des nichtehelichen Vaters weitergehend eingeschränkt wurde, wenn die Mutter das Kind selbst annahm. Ob das damalige Recht im Falle einer Drittadoption dem nichtehelichen Vater durch die Adoptions- und Legitimationsmöglichkeit ein verfassungsrechtlich ausreichendes Mitwirkungsrecht einräumte, ließ das BVerfG ausdrücklich offen, BVerfG FamRZ 95, 789 (792 f).

<sup>497</sup> Vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 70 f, 112 f, 156.

## **aa) Einwilligungserfordernis bei fehlender rechtlichen Vaterschaft**

§ 1747 I (2) BGB begründet ein generelles Einwilligungserfordernis des präsuntiven Vaters bei fehlender anderweitiger rechtlicher Vaterschaft. Ob er tatsächlich der genetische Vater ist und ob er gleichzeitig die Vaterschaftsfeststellung anstrebt<sup>498</sup>, ist unerheblich. Ausreichend ist, dass der biologische Vater die Beiwohnung<sup>499</sup> der Mutter in der Empfängniszeit glaubhaft machen kann. Folglich kann sich der biologische Vater auf § 1747 I (2) BGB berufen<sup>500</sup>.

### **aaa) Begründung der gesetzlichen Ausgestaltung**

Der Gesetzgeber hat das Einwilligungsrecht nach § 1747 (2) BGB von der Durchführung und dem Abschluss des Statusverfahrens unabhängig ausgestaltet und begründet dies mit der anderenfalls drohenden Gefahr der Adoptionsverzögerung<sup>501</sup>. Eine vorläufige Vaterschaftsvermutung sei nötig, da eine Anerkennung der Vaterschaft die Zustimmung der Mutter bedarf und eine Klage auf Feststellung der Vaterschaft im Regelfall zeitaufwendig ist. Um das Einwilligungsrecht effektiv auszugestalten und trotzdem wünschenswerte frühkindliche Adoptionen zu ermöglichen, knüpft die Einwilligung daher nicht an die statusrechtliche Vaterschaftsfeststellung an.

### **bbb) Kritik an der gesetzlichen Ausgestaltung**

Die gesetzliche Ausgestaltung wird in der Literatur<sup>502</sup> kritisiert und darauf hingewiesen, dass die eingeführte Beteiligung der potentiellen Erzeuger einerseits zu weit gehe und andererseits die Rechte der biologischen Väter nur unzureichend ausgestalte.

### **aaaa) Einschränkung auf eine Verbindung mit einer angestrebten Vaterschaftsfeststellung**

Soweit der biologische Vater die rechtliche Vaterschaft nicht anstrebt, ist es nicht nötig, ihm bei der Adoption ein Mitspracherecht einzuräumen. Dies begründet sich daraus, dass Personen ansonsten ein Beteiligungsrecht besitzen und die Adoption verzögern können, die selbst nicht bereit sind, die elterlichen Pflichten zu übernehmen. Einwilligungsberechtigt

---

<sup>498</sup> So die ganz h.M. und der Gesetzgeber, der anderweitige Vorschläge bewusst nicht übernommen hat. Palandt/Diederichsen § 1747 Rdn. 5; Erman/Holzhauser § 1747 Rdn. 3; Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 16; MüKo/Maurer § 1747 Rdn. 4; Soergel/Liermann § 1747 Rdn. 9; AnwK/Finger § 1747 Rdn. 7; Frank FamRZ 98, 393 (395); kritisch Baer ZfJ 96, 123 (124); - a.A. Wiesner/Mörsenberger/Oberloskamp/Struck § 51 Rdn. 36, wonach gefordert wird, dass Vater im adoptionsrechtlichen Sinne nur der Mann sei, der eine Vaterschaftsfeststellungsklage erhoben hat; vgl. der h.M. zustimmend, jedoch kritisch Liermann FuR 97, 217 (221); Oberloskamp S. 155 f; dazu auch Helms, JAmt 01, 57 (58).

<sup>499</sup> Die Glaubhaftmachung bezieht sich auf die Beiwohnung und nicht auf die Vaterschaft. Dies wird teilweise als kritisch angesehen, da dies auch ein Einwilligungsrecht eröffnen kann, obwohl äußerst unwahrscheinlich ist, dass eine Vaterschaft vorliegt. § 1600 d II (2) BGB kann insoweit nicht weiterhelfen, da er von der Verweisung in § 1747 I BGB nicht erfasst wird. Richtigerweise ist nach der ratio des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers § 1747 I (2) BGB eingeschränkt auszulegen und so zu verstehen, dass letztlich die Vaterschaft und nicht der Beischlaf glaubhaft sein muss, Helms, JAmt 01, 57 (58 f); so zu verstehen Erman/Holzhauser § 1747 Rdn. 3; vgl. dazu BT-Drucks 13/4899 S. 113; Bamberger/Enders § 1747 Rdn. 4.

<sup>500</sup> Soweit der biologische Vater keine Kenntnis des Adoptionsverfahrens hat, läuft seine Rechtsposition weitgehend leer, da § 1747 I (2) BGB dem Mann die Glaubhaftmachung seiner Rechtsposition auferlegt. Zwar besteht im Adoptionsverfahren, als FGG-Verfahren, der Amtsermittlungsgrundsatz, jedoch wird von der h.M. eine Benachrichtigungspflicht des Gerichts und Jugendamts abgelehnt. Verfassungsrechtliche Bedenken sieht Helms darin, dass das Elternrecht aus Art. 6 II GG dadurch beeinträchtigt werden kann. Letztlich lehnt er einen Verfassungsverstoß jedoch aus Abwägungsgesichtspunkten ab; vgl. dazu m.w.N. Helms, JAmt 01, 57 (60 f). Dem ist zuzustimmen, da eine Rechtsposition regelmäßig nicht bereits dadurch beeinträchtigt wird, dass sie ihre Geltendmachung erfordert und auch für die Vaterschaftsfeststellung und Vaterschaftsanfechtung die Erhebung einer Klage unbestrittene Voraussetzung ist.

<sup>501</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 71, 113, 170; vgl. Coester FamRZ 95, 1245 (1250).

<sup>502</sup> Frank FamRZ 98, 393 (395); Soergel/Liermann § 1747 Rdn. 9; Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 18.

sollte demnach nur der präsumtive Vater sein, welcher mittels Vaterschaftsfeststellungsklage auf die Feststellung der rechtlichen Vaterschaft hinwirkt<sup>503</sup>.

#### *bbbb) Einschränkung auf die Rechtsfolge der Aussetzung*

Ferner wäre zur Wahrung der berechtigten Interessen des biologischen Vaters ausreichend gewesen, das Adoptionsverfahren auszusetzen, wenn ein Vaterschaftsprozess anhängig ist<sup>504</sup>. Das eigenständige Einwilligungsrecht eines jeden Mannes, der glaubhaft macht, der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt zu haben, geht zu weit. Das Einwilligungsrecht sollte vielmehr die rechtliche Vaterschaft voraussetzen. Bis diese geklärt ist, ist demzufolge eine Aussetzung zu befürworten.

Dem steht auch nicht die Überlegung des Gesetzgebers entgegen, dass Verzögerungen zur Förderung von frühkindlichen Adoptionen zu vermeiden sind. Um das zu ermöglichen, können nach geltendem Recht die nötigen Einwilligungen gegebenenfalls ersetzt werden (§ 1748 IV BGB). Dies nimmt aber wohl kaum weniger Zeit in Anspruch als die Feststellung der Vaterschaft selbst. Ferner bleibt zu bedenken, dass das Gericht oftmals die Klärung der Vaterschaft abwarten muss, da für die Ersetzung diese gerade mitentscheidend ist, um die Auswirkungen der Adoption auf das Kind beurteilen zu können<sup>505</sup>.

Darüber hinaus bestehen nach geltender Gesetzeslage bereits Fallgestaltungen, in denen eine aussetzungsgleiche Wirkung eintritt. Soweit ein rechtlich anerkannter nichtverheirateter Vater einen Sorgerechtsübertragungsantrag nach § 1672 BGB stellt, darf gemäß § 1747 III Nr. 2 BGB eine Entscheidung über die Annahme erst getroffen werden, wenn über den Sorgerechtsantrag entschieden wurde. Folglich sieht der Gesetzgeber selbst Konstellationen vor, in denen zulasten der frühkindlichen Adoption diese zunächst aufgeschoben wird. Im übrigen entspricht eine Aussetzung der früher bewährten Rechtslage, bei der eine Aussetzung zulässig gewesen ist, soweit das Kindeswohl der Verzögerung nicht entgegenstand.<sup>506</sup>

Dass eine Aussetzung zur Klärung der Vaterschaft vermieden wurde, erscheint daher nicht zwingend adäquat.

#### *cccc) Erweiterung der Rechtsfolgen mittels Aussetzung*

Auf der anderen Seite werden mit der Ausgestaltung der Gesetzeslage auch die Rechte der biologischen Väter nicht ausreichend gewahrt. Diese Schwäche zeigt sich in der festgelegten Rechtsfolge<sup>507</sup>. Dem Vaterschaftsprätendenten erwächst zwar ein (nach § 1748 IV BGB erleichtert ersetzbares) Einwilligungsrecht, aber mangels rechtlicher Vaterschaft noch nicht die Möglichkeit einer Sorgerechtsübernahme. Demgemäß scheidet für ihn die mit einem Sorgerechtsantrag verbundene Sperrwirkung hinsichtlich der Adoption nach § 1747 III Nr. 2 BGB aus, was dazu führen kann, dass letztlich sein Schutz wirkungslos bleibt. Der Mann ist

---

<sup>503</sup> Soergel/Liermann § 1747 Rdn. 9; Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 18; Oberloskamp S. 156; FamRefK/Maurer § 1747 Rdn. 7; Wiesner/Mörsenberger/Oberloskamp/Struck § 51 Rdn. 35 f; Baer ZFJ 96, 123 (124); Liermann FuR 97, 217 (221); kritisch auch Willutzki KindPrax 98, 103 (104); - a.A. Lipp/Wagenitz § 1747 FbN. 6.

<sup>504</sup> Frank FamRZ 98, 393 (395); Helms, JAmt 01, 57 (58); Soergel/Liermann § 1747 Rdn. 9; Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 18; entsprechend dem alten Recht, wonach eine Aussetzung möglich war, BT-Drucks 7/5087 S. 15.

<sup>505</sup> Helms, JAmt 01, 57 (61 f); Frank FamRZ 98, 393 (395); Soergel/Liermann § 1747 Rdn. 9; so auch Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 17, 19; MüKo/Lüderitz § 1747 Rdn. 5; Erman/Holzhauer § 1747 Rdn. 3, wo auch darauf hingewiesen wird, dass das Gericht im Rahmen des Adoptionsverfahrens die Vaterschaftsfeststellung zur Klärung der Abstammung nicht selbst durchführen und vorwegnehmen darf; ebenso m.w.N. Helms, JAmt 01, 57 (61); ähnlich Willutzki KindPrax 98, 103 (104).

<sup>506</sup> BT-Drucks 7/5087 S. 15.

<sup>507</sup> Coester FamRZ 95, 1245 (1250); ders. RdJB 96, 430 (439).

zwar einwilligungsberechtigt, kann aber mangels Sorgerechtsantrag die Adoption des Kindes nicht aufhalten („sperren“)<sup>508</sup>.

Insbesondere wird in diesen Fällen vielfach auch die erleichterte Einwilligungsersetzung nach § 1748 IV BGB Aussicht auf Erfolg haben, da es dem Vater mangels Sorgerecht schwer fallen wird, dem Kind Alternativen für die Zukunft aufzuzeigen.

Die geltende Gesetzeslage bedeutet insbesondere für das entscheidende Gericht oftmals einen Antagonismus. Soweit der präsumtive Vater als schützenswert angesehen wird, kann die Adoption nur abgelehnt werden. Stellt sich dann allerdings im Nachhinein heraus, dass der präsumtive Vater gar nicht der Erzeuger des Kindes ist oder zwar als rechtlicher Vater anerkannt wird, aber das Sorgerecht nicht erlangen kann, stellt sich die Verhinderung der Adoption vielfach als unglücklich heraus, da dem Kind damit eine vielversprechende Entwicklungschance genommen wurde<sup>509</sup>.

Das Verfahren mittels Aussetzung ist folglich vorzugswürdig. Es ist schonender sowie verhältnismäßiger und fordert insbesondere noch keine, sich gegenseitig ausschließende Entscheidung in einem Zeitpunkt, in dem die Situation noch ungeklärt ist.

### ***ccc) Lösungsmöglichkeit über eine Adoptionsaussetzung***

Diese Erwägungen führen zu der Schlussfolgerung, dass ein Einwilligungsrecht nur dem rechtlichen Vater eingeräumt und bei anhängigen Statusverfahren die Adoption, bis zur Klärung der Vaterschaft, ausgesetzt werden sollte<sup>510</sup>.

### ***aaaa) Kompromissvorschlag der Literatur***

Um aber die gesetzgeberische Intention, die Vermeidung einer Adoptionsverzögerung und die Förderung frühkindlicher Adoptionen, beizubehalten, wird in der Literatur eine Kompromisslösung vorgeschlagen<sup>511</sup>. Demgemäß wird eine eingeschränkte Aussetzung befürwortet, wonach diese nur eingreifen soll, wenn die damit eintretende Verzögerung dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Diese weitere Begrenzung würde den Vorteil bieten, dass im Falle einer solchen zu vermeidenden Verzögerung die Aussetzung nicht eintreten und dadurch die Adoption nicht unnötig hinausgeschoben würde.

Eine derartige Ausgestaltung würde der ungeschriebenen Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform entsprechen<sup>512</sup>. Nach der dazu ergangenen Rechtsprechung<sup>513</sup> wurde ein grundsätzlicher Vorrang der Vaterschaftsfeststellung angenommen und eine Aussetzung der Adoption gewährt, soweit dadurch keine kindeswohlbeeinträchtigenden Verzögerungen zu erwarten waren.

### ***bbbb) Stellungnahme***

In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass die nach altem Recht seltene Ablehnung einer Aussetzung einen anderen Hintergrund hatte. Nach damaliger Rechtslage war die Vaterschaftsfeststellung für ein nichteheliches Kind Aufgabe des Jugendamts als Pfleger des Kindes (§§ 1706 Nr. 1, 1709 BGB a.F.). Demgemäß hatte das Jugendamt die

---

<sup>508</sup> Baer ZfJ 96, 123 (124).

<sup>509</sup> Ebenso kritisch BT-Drucks 13/4899 S. 156; Helms, JAmt 01, 57 (59).

<sup>510</sup> I.E. ähnlich Helms JAmt 01, 57 (61), wonach auch nach geltender Rechtslage ein Aufschub der Adoption gefordert wird, wenn zwar eine Glaubhaftmachung erfolglos war, aber eine Vaterschaftsfeststellung betrieben wird und das Abwarten aus einer Abwägungsentscheidung geboten ist.

<sup>511</sup> Frank FamRZ 98, 393 (395); Soergel/Liermann § 1747 Rdn. 9; Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 19; MüKo/Lüderitz § 1747 Rdn. 5.

<sup>512</sup> So auch schon BT-Drucks 7/5087 S. 15 f bezüglich der alten Rechtslage; Staudinger/Frank 12. A. § 1747 Rdn. 43; MüKo/Lüderitz 3. A. § 1747 Rdn. 21; zur Kindschaftsrechtsreform von 1998, BT-Drucks 13/4899.

<sup>513</sup> LG Stuttgart FamRZ 78, 147 (147); zustimmend Barth ZfJ 84, 68 (68 ff).

Pflicht, auch wenn die Annahme des Kindes angestrebt wurde, die Vaterschaft festzustellen. Soweit der Erzeuger, mangels konkreter Angaben der Mutter, nicht sicher oder nicht in näherer Zeit auffindbar war und dieser sich seinerseits nicht um die Vaterschaft bemühte, sollte daher die Aussetzung der Adoption nicht eintreten. Dies rechtfertigte sich aus dem Gedanken, dass frühkindliche Adoptionen in diesen Fällen ansonsten unterbunden worden wären und darüber hinaus oftmals nicht sicher war, ob überhaupt der Erzeuger festgestellt werden konnte und ob dieser „zwangsfestgestellte“ Vater dem Kind eine Alternative zur Adoption geboten hätte.

Anders ist dagegen die geltende Gesetzeslage, welche die Amtspflegschaft nicht mehr vorsieht. Dies führt dazu, dass die Begründung für die Ablehnung der Aussetzung in diesem Maße nicht mehr zutreffend ist.

Soweit man darüber hinaus zusätzlich der hier vertretenen Ansicht folgt, wonach das Einwilligungsrecht weiter auf die Väter, die sich in einem anhängigen Statusverfahren befinden, eingeschränkt werden soll, kann eine generelle Aussetzung befürwortet werden. Mittels dieser weiteren Modifizierung der Gesetzeslage kann der Eintritt von langfristigen Verzögerungen ausgeschlossen werden. Eine Aussetzung findet nur in den Fällen statt, in denen der Erzeuger bekannt und ein Statusverfahren anhängig ist. Darüber hinaus wird dieses, wenn die Mutter adoptionsfreigabewillig ist, regelmäßig vom Vater des Kindes selbst betrieben werden, womit sichergestellt wird, dass dieser sich für das Kind interessiert und Verantwortung für es übernehmen will.

Ferner bietet eine derartige gesetzliche Ausgestaltung der generellen Adoptionsaussetzung bei anhängigem Statusverfahren einen weiteren Vorteil. Indem es nur einer als Elternteil anerkannten Person Elternrechte einräumt und die bloße Behauptung der Beiwohnung in der Empfängniszeit nicht ausreichen lässt, fügt es sich in das System des geltenden<sup>514</sup> Familienrechts besser ein.

Ausschlaggebend ist insbesondere, dass nur so der Schutz der biologischen Väter ausreichend gewährleistet wird. Mittels dieser Ausgestaltung erhalten diese die Möglichkeit, als rechtlicher Vater anerkannt zu werden und die Übertragung der elterlichen Sorge zu beantragen (s.o.).

Um einen tiefgreifenden, überzogenen Eingriff in das Elternrecht zu vermeiden, ist daher zur Wahrung des Art. 6 II (1) GG eine Aussetzung ohne derartige Einschränkung zu befürworten. Eine drohende, nur kurzfristige Verzögerung vermag den Ausschluss der Aussetzung nicht zu rechtfertigen. Die generelle Aussetzung entspricht ferner der derzeitigen Rechtsentwicklung, wonach den biologischen Vätern vermehrt eigene Rechte eingeräumt werden. Diese Zuweisung von Rechten darf demnach nicht dadurch unterlaufen werden, dass - mangels Aussetzung - mit der Adoption feststehende Tatsachen geschaffen werden.

### ***ddd) Ausnahme von der generellen Adoptionsaussetzung***

Zur Förderung frühkindlicher Adoptionen ist ein anderer Ansatz zu befürworten.

Da die Aussetzung nur einem biologischen Vater zugute kommen soll, der in dieser Hinsicht schützenswert ist, kann die Aussetzung anderenfalls eingeschränkt werden.

Einer Aussetzung bedarf es demnach nicht, wenn, unabhängig der Feststellung der Vaterschaft, der Mann, der die Feststellung seiner Vaterschaft betreibt, seine Einwilligung vorab erklärt hat oder diese Einwilligung bereits vorab nach § 1748 BGB ersetzt werden

---

<sup>514</sup> Mit der hier vorgeschlagenen Reform des Anfechtungsrechts wird dieses Argument bei einer derartigen Umsetzung aber entkräftet.



konnte. Eine weitere Aussetzung würde demnach die Adoption, unabhängig des Ausgangs der Vaterschaftsfeststellung, nicht verhindern können, sodass sie zu unterlassen ist<sup>515</sup>.

Zwar wird die Einwilligung eines sich derart um die Vaterschaft bemühenen Mannes die Ausnahme sein, jedoch ist sie neben der Möglichkeit der Ersetzung zumindest aufzuführen.

Praxisrelevanter ist die Nichtgewährung der Aussetzung wegen einer Einwilligungsersetzung. Soweit die Voraussetzung für eine solche Ersetzung ohnehin vorliegen, kommt es für die Adoption nicht mehr darauf an, ob das Statusverfahren zu einer rechtlichen Vaterschaftsfeststellung führt. Mangels Relevanz ist daher eine dadurch hervorgerufene weitere Adoptionsverzögerung zu vermeiden.

## **bb) Einwilligungserfordernis bei bestehender anderer rechtlicher Vaterschaft**

Anders stellt sich die Ausgestaltung des Einwilligungsrechts in der zweiten Ausgangssituation dar, wenn ein anderer Mann rechtlich als Vater des Kindes anerkannt ist.

Nach der geltenden Rechtslage ist allein dessen Einwilligung eine Adoptionsvoraussetzung (s.o.). Der biologische Vater hat in diesem Fall keine eigenen (Mitwirkungs-) Rechte.

Dies entspricht der allgemeinen Systematik des geltenden Familienrechts, wonach es nur einen rechtlichen Vater des Kindes geben kann und dieser, neben der Mutter, die alleinige elterliche Verantwortung für das Kind trägt.

### **aaa) Kritik an der gesetzlichen Ausgangslage**

Zu untersuchen bleibt, ob dies verfassungsrechtlich haltbar ist.

In der Literatur wird die Verfassungsmäßigkeit der alleinigen Einwilligungsberechtigung des rechtlichen Vaters, unabhängig der Ausgestaltung des Anfechtungsrechts, vielfach nicht bezweifelt und als Folge der Sperrwirkung der feststehenden Vaterschaft anerkannt<sup>516</sup>.

Nach Ansicht von Maurer sind dagegen Bedenken aus Art. 6 II GG und Art. 6 I EMRK zu erheben. Maurer begründet dies mit dem nach altem Recht fehlendem Anfechtungsrecht des biologischen Vaters<sup>517</sup>. Diese Argumentation ist mittels der Gesetzesreform überholt (**C.II.1.c**). Die verfassungsrechtlichen Bedenken hält Maurer, ohne neue Begründung, trotzdem aufrecht<sup>518</sup>.

Eine Begründung könnte in dem begrenzten Umfang des Anfechtungsrechts liegen und sich in der eingeschränkten Wirkung der Statusänderung fortsetzen.

Gemäß § 1600 II BGB kann der Schutz des biologischen Vaters über das geltende Anfechtungsrecht nur eingreifen, wenn keine vorrangig schützenswerte soziale Beziehung zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater besteht (s.o.). Soweit der rechtliche Vater selbst in die Adoption eingewilligt hat, ist für die vorliegenden Konstellationen das Bestehen einer derartig anfechtungsausschließenden Beziehung wohl regelmäßig nicht ernsthaft zu bejahen. Insoweit scheint das geltende Recht interessengerecht zu sein.

Eine Anfechtung ist jedoch nach § 1600 II BGB auch ausgeschlossen, wenn der Anfechtung die Verfristung entgegensteht oder der rechtliche Vater verstorben ist und er zuvor mit seinem Kind eine sozial-familiäre Beziehung unterhalten hatte. Mangels Anfechtungsmöglichkeit kann der biologische Vater insoweit kein Einwilligungsrecht in die Adoption erlangen und steht damit jedem adoptionswilligen Dritten gleich. Demgemäß besteht in dieser Situation, vom Gesetzgeber derart gewollt, ein Schutz des biologischen Vaters nicht.

---

<sup>515</sup> Dies entspricht letztlich auch dem Rechtsgedanken des § 1761 I BGB.

<sup>516</sup> Oftmals ohne Erwähnung; ausdrücklich: Erman/Holzhauser § 1747 Rdn. 3; Lipp/Wagenitz § 1747 Rdn. 11.

<sup>517</sup> MüKo/Maurer § 1747 Rdn. 3; ähnlich Helms, JAmt 01, 57 (63); vgl. auch Seidel FPR 05, 181 (184).

<sup>518</sup> Maurer FPR 05, 196 (198); ebenso kritisch DIJuF JAmt 03, 470 (470); Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 14.

Dies erscheint bedenklich, da die ursprüngliche soziale Familie des Kindes, ausweislich der Adoptionsfreigabe, zerbrochen ist und der genetische Vater anderen adoptionsbereiten Dritten grundsätzlich vorgezogen werden muss<sup>519</sup>. Dieser Vorrang rechtfertigt sich aus seiner grundrechtlich geschützten Elternstellung aus Art. 6 II (1) GG. Wie das BVerfG bezüglich des Streits um das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters ausgesprochen hat<sup>520</sup>, ist diesem die Erlangung der rechtlichen Vaterposition zu ermöglichen, wenn der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteht. Von einer schützenswerten Familie kann bei Durchführung einer Adoption, die nach § 1755 I BGB grundsätzlich alle Verwandtschaftsverhältnisse zum Erlöschen bringt, aber nicht ausgegangen werden. Die Bedenken sind folglich berechtigt.

### ***bbb) Lösungsansatz mittels Erweiterung des Anfechtungsrechts***

Die Lösung dieser Problematik ist jedoch nicht im Bereich des Adoptionsrechts umzusetzen. Richtigerweise ist vielmehr das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters zu reformieren<sup>521</sup>. Diesen Gedanken kommt daher der Reformvorschlag zum Anfechtungsrecht nach (oben unter C.II.5) und erweitert das Anfechtungsrecht dementsprechend. Insbesondere bietet es auch für den Fall des Todes des rechtlichen Vaters einen angemessenen Ausgleich zwischen den gegenläufigen Interessen. Somit bestätigt sich die dort vorgeschlagene Erweiterung im Bereich des Adoptionsrechts.

### ***ccc) Folgeänderung im Bereich des Adoptionsrechts***

Unabhängig von der Ausgestaltung des Anfechtungsrechts besteht zusätzlich die Problematik, dass sich die mit der Anfechtungsklage erreichbare statusrechtliche Änderung hinsichtlich der Einwilligungserklärung nur ex nunc auswirkt<sup>522</sup>. Die nach § 1750 I (3) BGB wirksam erteilte Einwilligung des ehemaligen rechtlichen Vaters bleibt unberührt bestehen und wirkt fort<sup>523</sup>. Infolgedessen besteht die Gefahr, dass der Schutz des biologischen Vaters mittels Anfechtungsrecht sich als verspätet und damit wirkungslos herausstellt.

### ***aaaa) Lösungsmöglichkeit über eine Adoptionsaussetzung***

Als Ausweg aus dieser Problematik bietet sich daher wiederum eine Regelung über die Aussetzung der Adoption bei anhängigem oder während des Adoptionsverfahrens anhängig werdenden Vaterschaftsprozess an<sup>524</sup>. Dies bietet den Vorteil, dass, im Einklang mit den sonstigen Regelungen des BGB, zuerst eine Klärung der rechtlichen Vaterschaft zu erfolgen hat, bevor eine Rechtsausübung diesbezüglich in Betracht kommt.

Nur der rechtliche Vater sollte demzufolge in die Adoption einwilligungsberechtigt sein. Bis zum Abschluss des Vaterschaftsprozesses und der damit verbundenen Festlegung der Vaterschaft ist die Adoption vorzugswürdig auszusetzen.

---

<sup>519</sup> Ebenso kritisch DIJuF JAmt 03, 470 (470); Staudinger/Rauscher § 1600 Rdn. 14.

<sup>520</sup> BVerfG FamRZ 03, 816 (816 ff).

<sup>521</sup> Ähnlich Helms, JAmt 01, 57 (63).

<sup>522</sup> AnwK/Finger § 1747 Rdn. 7; Soergel/Liermann § 1747 Rdn. 10, auch unter Verweis auf Gaul FamRZ 97, 1441 (1454), dem dies derart nur schwerlich zu entnehmen ist; - dies könnte insoweit bezweifelt werden, da die Vaterschaftsabänderung grundsätzlich auf dem Zeitpunkt der Geburt zurückwirkt, vgl. Palandt/Diederichsen § 1599 Rdn. 7; Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 26, 34; letztlich kann dies jedoch nicht für die vorliegende Situation gelten, da die Aufhebung der Adoption *abschließend* in § 1759 BGB geregelt wurde.

<sup>523</sup> Soergel/Liermann § 1747 Rdn. 10; AnwK/Finger § 1747 Rdn. 7.

<sup>524</sup> So auch für das geltende Recht bereits befürwortend, Soergel/Liermann Vor. § 1741 Rdn. 33, wobei dort sehr weitgehend dem Gericht, nach dem Maßstab des Kindeswohls, eine Entscheidungsbefugnis eingeräumt wird; ähnlich AnwK/Finger § 1747 Rdn. 7.

#### *bbbb) Ausnahme von der generellen Adoptionsaussetzung*

Verbunden damit kommt man wieder zu dem in der Literatur aufgeworfenem Ansatzpunkt (**D.II.6.b.aa.ccc.aaaa**), die Aussetzung nur zuzulassen, wenn die damit eintretende Verzögerung dem Wohl des Kindes nicht widerspricht<sup>525</sup>. Dieser abgeschwächte Aussetzungsvorschlag wurde jedoch explizit nur zur alten Rechtslage unterbreitet, in der die Vaterschaftsanfechtung durch den Erzeuger des Kindes ausgeschlossen war. Richtigerweise ist bei bestehender anderweitiger Vaterschaft eine Aussetzung während des Anfechtungsverfahrens stets zu gewähren.

Dies rechtfertigt sich daraus, dass ansonsten ein doppeltes Einverständniserfordernis, sowohl vom rechtlichen als auch vom präsumtiven Vater, gefordert werden könnte. Dies widerspricht aber gänzlich der Vorstellung des deutschen Familienrechts, wonach nur ein Vater rechtlich verbindlich für das Kind handeln kann. Aber auch soweit man versucht, das Einwilligungsrecht zunächst beim noch anerkannten rechtlichen Vater zu lassen, entstehen rechtliche Folgeprobleme, da die statusrechtliche Änderung nur ex nunc eintritt und somit die erteilte wirksame Einwilligung bestehen bleibt (s.o.).

Als Ausnahme von der Aussetzung der Adoption kommt, entsprechend dem obigen Gedanken (**D.II.6.b.aa.dddd**), erneut eine Auffangregelung in Betracht. Eine Aussetzung ist demnach nicht nötig, wenn beide am Vaterschaftsprozess beteiligten Väter - folglich der biologische Vater als auch der rechtliche Vater - zur Adoption ihre Einwilligung erteilt haben oder diese bereits nach § 1748 BGB ersetzt werden konnte.

#### **cc) Verfassungskonforme Auslegung**

Damit stellt sich die Frage, ob diese Zielvorgaben hinsichtlich *beider* Fallgruppen (**aa** und **bb**), mittels entsprechender Auslegung, im geltenden Gesetz umgesetzt werden können.

Bei bestehender Vaterschaft eines Dritten (**bb**), ist, hinsichtlich der Notwendigkeit der Änderungen der Regeln des Anfechtungsrechts, auf die obigen Ausführungen im Bereich des Anfechtungsrechts zu verweisen (**C.II.5**).

Bei fehlender Vaterschaft eines Dritten (**aa**), ist bezüglich der Normen des Adoptionsrechts eine Abänderung nötig, da die Anwendung von § 1747 I (2) BGB vollständig abgelehnt wird. Den beide Fallgruppen betreffenden Vorschlag der Aussetzung könnte dagegen, mittels Ermessensspielraum der Gerichte, weitgehend nachgekommen werden.

Da damit das vorgestellte System aber nicht vollständig integriert werden kann, bedarf es zu dessen Verwirklichung insoweit der nötigen Reform.

#### **dd) Ausblick - eigener Ansatz**

Entsprechend dieser Argumentation ist daher § 1747 I BGB hinsichtlich beider Fallgruppen zu reformieren. Dem Ansatz nach wird dabei nicht differenziert, ob eine andere rechtliche Vaterschaft besteht. Somit kommt es nicht darauf an, ob es lediglich um die Feststellung der Vaterschaft nach § 1600 d BGB geht oder ob es der vorherigen Beseitigung einer anderweitigen Vaterschaft bedarf.

Systemkonform und verhältnismäßig ist dabei die Lösung über eine Regelung einer Aussetzung der Adoption bei einem anhängigen Vaterschaftsprozess.

---

<sup>525</sup> Vgl. Frank FamRZ 98, 393 (395), sowie die Ausführungen und Nachweise unter **D.II.6.b.aa.ccc.aaaa**.

§ 1747 I (2) BGB sollte demgemäß gestrichen und § 1747 BGB wie folgt neu gefasst werden:

**§ 1747 - unverändert außer:**

**I (2) - alternativ:**

*Sofern ein Vaterschaftsprozess anhängig ist oder im Laufe des Adoptionsverfahrens anhängig wird, ist die Adoption so lange auszusetzen, bis geklärt ist, wer als Vater des Kindes einwilligungsberechtigt im Sinne des Satzes 1 ist.*

**I (3) - neu:**

*Im Falle einer dadurch, dem Wohl des Kindes widersprechenden Verzögerung, kann die Aussetzung aufgehoben werden, wenn jeder am Vaterschaftsprozess beteiligte präsuntive Vater in die Adoption eingewilligt hat oder deren Einwilligung nach § 1748 BGB vorab ersetzt werden konnte.*

**ee) Erleichterte Ersetzbarkeit der Einwilligung**

Zu untersuchen ist ferner, ob die erleichterte Ersetzungsmöglichkeit der Einwilligung des Vaterschaftsprätendenten nach § 1748 IV BGB verfassungsrechtlich bedenklich ist.

**aaa) Ausgangspunkt**

Da § 1748 IV BGB seinen originären Anwendungsbereich hinsichtlich der rechtlich anerkannten nichtverheirateten, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslosen Väter hat, wird in der Literatur die Norm *in diesem Zusammenhang* teilweise als verfassungswidrig angesehen. Als Begründung wird angeführt, dass *diese* Väter ungerechtfertigt benachteiligt und in ihrem Elternrecht aus Art. 6 II GG verletzt werden (näher dazu unter E.II.7).

Fraglich ist demnach, ob eine derartige Argumentation auf präsuntive Väter übertragen werden kann, da nach geltendem Recht gemäß § 1748 IV i.V.m. § 1747 I (2) BGB diese Väter, hinsichtlich der Einwilligungsersetzung, gleichgestellt sind.

**bbb) Ansicht der Literatur**

Dies wird teilweise mit dem Argument verneint<sup>526</sup>, dass die Einwilligung des Vaterschaftsprätendenten eine Ausnahmeregelung im deutschen Familienrecht und demzufolge nur eine von minderem Wert sei. Eine erleichterte Ersetzungsmöglichkeit sei somit gerechtfertigt, da dies einen angemessenen Ausgleich für die Zubilligung des Einwilligungserrechts selbst darstelle<sup>527</sup>.

**ccc) Stellungnahme**

Dem ist zunächst zuzustimmen. Mangels rechtlicher Legitimation ist der präsuntive Vater dem rechtlichen Vater oder der Mutter nicht gleichzustellen. Eine sachliche Ungleichbehandlung kann daher gerechtfertigt sein und stellt nicht zwingend einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar. Da die Einwilligung nur ersetzt werden kann, wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigen Nachteilen gereichen würde, besteht darüber hinaus ein ausreichender materieller Schutz.

Allerdings bleibt zu bedenken, dass mittels dieser Regelung dem genetischen Vater die Möglichkeit genommen wird, durch Anfechtung der Vaterschaft die Rechtsstellung eines rechtlich anerkannten nichtverheirateten, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslosen Vaters rechtzeitig zu erlangen und dessen Rechte geltend zu machen<sup>528</sup>.

<sup>526</sup> Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 8.

<sup>527</sup> So auch BT-Drucks 13/4899 S. 71, 113.

<sup>528</sup> Helms, JAmt 01, 57 (63).

Da dies nach geltender Rechtslage zu keiner unterschiedlichen Behandlung führt<sup>529</sup>, kann dies jedoch dahinstehen. Beide Rechtspositionen werden unterschiedslos von § 1748 IV BGB erfasst und sind daher insoweit deckungsgleich.

#### ***ddd) Auswirkungen einer geforderten Reform des § 1748 IV BGB***

Falls man der Kritik in der Literatur folgt und § 1748 IV BGB, hinsichtlich der Anwendung auf rechtlich anerkannte nichtverheiratete, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslose Väter, als verfassungswidrig ansieht und eine Reform diesbezüglich fordert (dazu näher unter **E.II.7**), ist die Situation dagegen eine andere. Soweit dies zu einer gestärkten Rechtsstellung der Rechte dieser Väter führen würde, könnten diese gestärkten Rechte vom präsidentiven Vater möglicherweise nicht beansprucht werden.

Letztlich kann dieser rein theoretische Streit dahinstehen.

Soweit eine Reform dieser Normen ansteht, ist § 1747 I (2) BGB selbst zu reformieren. Entsprechend dem Reformvorschlag zu § 1747 I (2) BGB - alternativ ist die gesetzliche Ausgestaltung der Einwilligung nur eingeschränkt aufrechtzuerhalten. Demnach bedarf es keiner besonderen Ausgestaltung für die Einwilligungsersetzung des präsidentiven Vaters, da die Einwilligung nur vom - gegebenenfalls noch zu klärenden - rechtlichen Vater zu erfolgen hat (s.o.). Insoweit würde damit § 1748 I - IV BGB direkt eingreifen.

Inwieweit die erleichterte Ersetzbarkeit in den Fällen feststehender rechtlicher Vaterschaft verfassungsrechtliche Probleme aufweist, ist daher einheitlich im weiteren Verlauf der Arbeit bei den Rechten der genetischen Väter mit rechtlicher Vaterstellung zu untersuchen (**E.II.7**).

#### **ff) Auswirkungen auf die Adoption bei Reform des Anfechtungsrechts**

Soweit der im Anfechtungsrecht geforderten Reform im vorgeschlagenen Umfang nachgekommen wird (**C.II.5**), muss untersucht werden, ob es im Bereich des Adoptionsrechts einer Folgeänderung bedarf.

Entsprechend obiger Argumentation sollte stets der rechtliche Vater einwilligungsberechtigt sein (s.o.). Dem biologischen Vater, auch soweit nach dem Reformvorschlag die genetische Vaterschaft positiv festgestellt werden kann (§ 1600 II (2) - alternativ), kommt ein Einwilligungsrecht nicht zu. Daran ändert auch nichts die Variante, dass der rechtliche Vater später selbst adoptionsfreigabewillig werden könnte. Dem biologischen Vater wird in diesem Fall eine ausreichende Einwirkungsmöglichkeit eröffnet, da nach dem Reformvorschlag ein Wiederaufleben seines Anfechtungsrechts, soweit als angemessen, vorgesehen ist (§ 1600 V (1) - alternativ). Eine Folgeänderung im Adoptionsrecht ist demnach nicht notwendig.

#### **c) Rechtsprechung des EGMR**

Hinsichtlich der Rechtslage im Bereich des Adoptionsrechts ist wiederum Art. 8 EMRK zu berücksichtigen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist der Schutz des Familienlebens, wonach auch eine faktische „Familien-Bande“ von Art. 8 I EMRK erfasst ist. Ein Kind, das aus einer solchen Familienbeziehung entstammt, ist ipso iure ein Teil dieser Familie. Dabei ist unerheblich, ob die Beziehung zwischen den Eltern im Zeitpunkt der Geburt bereits wieder beendet wurde. Ebenso ist die rechtliche Anerkennung der Vaterschaft nicht zwingend nötig. Auch dem biologischen Vater kann der Schutz des Art. 8 EMRK zukommen (s.o. **B.VI.2**).

Der EGMR entschied in einem irischen Fall (Keegan<sup>530</sup>), dass die Freigabe eines nichtehelichen Kindes zur Adoption durch Dritte, ohne vorheriges Wissen und Zustimmung

---

<sup>529</sup> Ein Unterschied liegt jedoch darin, dass der präsidentive Vater nicht das Sorgerecht beantragen und damit nicht mittels § 1747 III Nr. 2 BGB einen Aufschub der Adoption erreichen kann. Dies ist jedoch eine zwingende Konsequenz daraus, dass eine Vaterschaftsfeststellung nicht vorausgesetzt wird und begründet daher wiederum den obigen Reformvorschlag.

des genetischen Vaters, der am Adoptionsverfahren überhaupt nicht beteiligt wird, gegen Art. 8 und Art. 6 EMRK verstößt.

Wegen des Einwilligungserfordernisses des Vaterschaftsprätendenten nach § 1747 I (2) BGB wird das geltende deutsche Adoptionsrecht teilweise als konventionskonform angesehen<sup>531</sup>.

Dabei wird allerdings übersehen, dass das Einwilligungsrecht des biologischen Vaters nur eingreift, wenn keine anderweitige rechtliche Vaterschaft besteht. Da Konstellationen denkbar sind, in denen der biologische Vater eine Familienbeziehung zu der Mutter unterhalten hat, aber zugleich mittels bestehender Ehe der Mutter eine anderweitige Vaterschaftsvermutung eingreift, besteht insoweit Bedenken (s.o.)<sup>532</sup>.

Folglich ist dem vorgebrachten Reformvorschlag des Adoptionsrechts auch aus konventionsrechtlicher Sicht zuzustimmen.

#### **d) Rechtliche Stellung nach einer abgeschlossenen Adoption**

In diesem Zusammenhang ist kurz auf die rechtliche Stellung des biologischen Vaters *nach Abschluss* einer Adoption einzugehen. In dieser Situation soll der biologische Vater, wie bisher, weiterhin keine Einwirkungsmöglichkeiten haben. Dies gilt auch in Fällen, in denen er bei der Adoption nicht beteiligt und damit „übergangen“ wurde.

Nach geltendem Recht ist eine Vaterschaftsfeststellung *nach* Drittadoption des Kindes zulässig, *ohne* damit eine Zuordnungsänderung hinsichtlich der Adoptiveltern zu bewirken<sup>533</sup>. Demgemäß könnte ebenso ein Anfechtungsrecht des biologischen Vaters vertreten werden. Über diese Argumentation könnte er die rechtliche Vaterschaft erlangen und sich auf seine fehlende Einwilligung in die Adoption nach § 1747 I (1) BGB berufen.

Dem steht jedoch entgegen, dass die Adoption, ohne seine Beteiligung, wirksam durchgeführt wurde. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut von § 1760 I Alt. 3 BGB, wonach nur die *erforderlichen* Einwilligungen Wirksamkeitsvoraussetzung der Adoption sind<sup>534</sup>. Soweit zu diesem Zeitpunkt ein anderer Mann als rechtlicher Vater des Kindes feststand und seine Einwilligung erteilte, wirkt diese *ex-nunc* fort (s.o.). Falls dagegen keine rechtliche Vaterschaft bestand und auch kein präsumtiver Vater seine Einwilligungsberechtigung glaubhaft gemacht hat, war eine derartige Einwilligung erst gar nicht erforderlich<sup>535</sup>.

Demzufolge kann sich der biologische Vater nicht auf § 1760 I Alt. 3 BGB berufen und eine Aufhebung der Adoption verlangen. Eine anderenfalls eintretende Abwägung mit dem Interesse des Kindes am Fortbestand der Adoption (§ 1761 II BGB) ist nicht geboten, da eine derartige Situation weder vorhersehbar noch verhinderbar ist und dementsprechend zu einer unerwünschten Schwächung der Adoption führen würde.

Dies entspricht letztlich auch der ursprünglichen Rechtslage, wonach die nachträgliche Feststellung der Vaterschaft statusneutral (s.o.) ist und sich nicht auf die Adoption auswirkt.

Ein Anfechtungsrecht des biologischen Vaters nach durchgeführter Adoption besteht daher zum Schutz dieser Beziehung nicht. Insoweit kann ferner auf den Rechtsgedanken des § 1600 II BGB verwiesen werden.

---

<sup>530</sup> EGMR FamRZ 95, 110 (110 ff - Keegan); vgl. dazu Brötel FamRZ 95, 72 (72 ff); Dörr JuS 96, 257 (257 f); Fahrenhorst FuR 95, 107 (107 ff); Rudolf EuGRZ 95, 110 (110 ff).

<sup>531</sup> Brückner FamRZ 05, 200 (203).

<sup>532</sup> Hinsichtlich einer solchen Ausgangslage EMRK FamRZ 03, 813 (813 ff, Kroon), wobei der Fall nicht die Adoption, sondern das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters betraf.

<sup>533</sup> Vgl. dazu die Nachweise in FbN. 400.

<sup>534</sup> Soergel/Liermann § 1760 Rdn. 2; Staudinger/Frank § 1760 Rdn. 6

<sup>535</sup> Staudinger/Frank § 1760 Rdn. 6; Müko/Maurer § 1747 Rdn. 6.

Allenfalls kann daran gedacht werden, dem biologischen Vater im Rahmen des Alternativansatzes zum Anfechtungsrecht (**C.II.5**) die Feststellung seiner Vaterschaft zu gestatten. Dagegen ist es im geltenden Recht allein Sache der Adoptiveltern, zu entscheiden, ob und wann sie ihr Kind über die Adoption aufklären<sup>536</sup>. Inwieweit diesbezüglich eine Änderung ihre Berechtigung finden kann, muss im Rahmen der vorliegenden Arbeit allerdings dahinstehen.

## **7) Unterhalt des Vaters wegen Kindesbetreuung § 1615 I BGB**

Gemäß § 1615 I IV i. V. m. II (2) BGB hat der Vater bei tatsächlicher Betreuung des Kindes einen Anspruch gegen die Kindesmutter auf Betreuungsunterhalt<sup>537</sup>.

Voraussetzung für die Geltendmachung eines derartigen Anspruchs ist aber zwingend die rechtliche Bestätigung der Vaterschaft. Ohne diese rechtliche Fixierung bestehen grundsätzlich keine Ansprüche nach § 1615 I BGB.

Fraglich ist allerdings, ob ein Betreuungsunterhaltsanspruch des biologischen Vaters während der Anhängigkeit eines Verfahrens zur Festlegung seiner Vaterschaft möglich ist (**a**) und ob auch Ansprüche bestehen können, wenn er das Kind zwar betreut, aber ein derartiges Verfahren rechtlich ausgeschlossen ist (**b**).

### **a) Betreuungsunterhalt im Rahmen eines Verfahrens zur Vaterschaftsfeststellung**

Die Gewährung von einstweiligem Betreuungsunterhalt während Anhängigkeit einer Vaterschaftsfeststellung regelt § 641 d I ZPO<sup>538</sup>. Eine einstweilige Anordnung für den Fall, dass ein noch nicht rechtlich feststehender Vater das Kind betreut, sieht die Norm jedoch nicht vor. Eine derartige Anordnung ist insoweit nur gegen ihn und nicht für ihn möglich.

Soweit der Vater das Kind tatsächlich betreut, stellt sich folglich die Frage, ob und wie vorläufiger Rechtsschutz möglich ist. Zu dessen Notwendigkeit kann es insbesondere kommen, wenn die Mutter die Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung verweigert oder eine anderweitige Vaterschaft besteht. In beiden Fällen muss der Kindesvater ein Feststellungs- oder Anfechtungsverfahren betreiben, was regelmäßig einige Zeit in Anspruch nimmt. Bis zum Abschluss dieses Verfahrens steht er noch nicht als rechtlicher Vater des Kindes fest, sodass die Geltendmachung von regulärem Unterhalt (zunächst) ausscheidet.

Ein einstweiliger Rechtsschutz wird teilweise dennoch für zulässig erachtet.

Obwohl weder § 1615 o II BGB noch § 641 d I ZPO diese Möglichkeit vorsehen, wird insoweit, mangels Spezialregelung, ein Erlass einer Unterhaltsverfügung nach § 644 ZPO oder § 940 ZPO erwogen. Da bei der Einführung der Spezialnorm des § 641 d I ZPO dies übersehen wurde, müsse diese rechtspolitische und verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit, wenn nicht sogar mittels gesetzgeberischer Erweiterung des § 641 I d ZPO, zumindest mittels Rückgriff auf § 644 ZPO oder 940 ZPO, gelöst werden. Jedenfalls in einem Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft muss, bei Zustimmungsverweigerung der Mutter zur Anerkennung, Raum für den Erlass einer einstweiligen Unterhaltsregelung sein<sup>539</sup>. Aber auch

---

<sup>536</sup> Vgl. insoweit Soergel/Liermann § 1755 Rdn. 9, Vor. § 1741 Rdn. 35; MüKo § 1758 Rdn. 9.

<sup>537</sup> Grundlegend Büdenbender FamRZ 98, 129 (129 ff); näher dazu unter **E.II.6**.

<sup>538</sup> Insoweit lex specialis zu § 1615 o BGB, MüKo zur ZPO/Coester-Waltjen § 641 d Rdn. 6; Zöller/Philippi § 641 d Rdn. 3 (m.w.N. zum früheren Streit).

<sup>539</sup> Büdenbender FamRZ 98, 129 (138); ders. ZJP 97, 33 (56 f); so zu verstehen auch: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 641 d Rdn. 1; Luthin/Seidel Rdn. 4192; zweifelnd AnwK/Schilling § 1615 I Rdn. 50; ablehnend Schnitzler/Wever § 11 Rdn. 130.

bei der Anfechtung der Vaterschaft durch den biologischen Vater ist im Rahmen dieses Vaterschaftsabänderungsverfahrens eine derartige Anwendung zu befürworten<sup>540</sup>.

Eine vorläufige Anordnung von Betreuungsunterhalt ist allerdings kritisch, da die Vaterschaft noch nicht positiv nachgewiesen ist. Demzufolge besteht die Gefahr, dass mangels genetischer Verbundenheit das Verfahren zu keinem Erfolg führt. Gegen eine solche Argumentation lässt sich jedoch einwenden, dass diese Gefahr einer einstweiligen Regelung immanent ist, da sie stets der endgültigen Entscheidung vorgreift. Letztlich ausschlaggebend ist die tatsächliche Situation. Der einstweilige Anspruch auf Betreuungsunterhalt des präsuntiven Vaters kann nur Erfolg haben, wenn er sich tatsächlich um das Kind kümmert. Soweit dies der Fall ist, sind zwingend Aufwendungen und Belastungen mit der Betreuung verbunden. Diese sind unabhängig von der genetischen Verbundenheit und treffen sämtliche Personen, welche die tatsächliche Betreuung des Kindes vornehmen. Insoweit ist es gerechtfertigt, eine einstweilige Unterhaltsverfügung anzuerkennen.

Als Regelungsgrundlage kommen § 644 ZPO und § 940 ZPO in Betracht. Da der vorrangige Spezialtatbestand des § 644 ZPO allerdings eine feststehende Vaterschaft erfordert, scheidet dessen Anwendung aus<sup>541</sup>. Folglich muss, solange keine gesetzliche Erweiterung der Normen durchgeführt wird (dazu sogleich), auf die allgemeine Norm des § 940 ZPO zurückgegriffen werden.

### **b) Betreuungsunterhalt bei rein biologischer Vaterschaft**

In der zweiten aufgeworfenen Problematik geht es um die Frage, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn der biologische Vater die tatsächliche Betreuung Kindes übernimmt, aber keine Möglichkeit besitzt, die rechtliche Vaterstellung zu erlangen.

Nach der Reform des Anfechtungsrechts dürfte dieser Fall beispielsweise relevant werden, wenn der sozial-familiär verbundene rechtliche Vater verstorben und demzufolge nach § 1600 II BGB die Anfechtung des biologischen Vaters ausgeschlossen ist. Die Mutter könne aus erbrechtlichen Gründen auf die Vaterschaftsanfechtung verzichten, aber in Kenntnis der wahren Abstammung dem biologischen Vater die tatsächliche Betreuung überlassen oder aus tatsächlichen Gründen (Krankheit, Haft, etc.) überlassen müssen. Das Anfechtungsrecht des Kindes wird dabei vielfach, wegen dessen geringen Alters, faktisch leer laufen.

Richtigerweise wird man diese seltene Konstellation, soweit nicht die Anfechtungsregeln entsprechend obigen Konzepts erweitert werden, so behandeln müssen, als wenn ein Dritter das Kind tatsächlich betreut. Ein Anspruch aus § 1615 I IV BGB scheidet aus. Gegebenenfalls bestehen Ansprüche aus anderen zivilrechtlichen Instituten.

Vertreten wird, dass in solchen Fällen Ansprüche des allgemeinen Zivilrechts und insbesondere solche aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht kommen<sup>542</sup>.

---

<sup>540</sup> Die Kommentierungen in Zöller/Philippi § 641 d Rdn. 4 und MüKo zur ZPO/ Coester-Waltjen § 641 d Rdn. 3 sowie Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 641 d Rdn. 1 dürfen nicht missverstanden werden. Die Aussage, dass die Norm nicht bei Vaterschaftsanfechtungen anwendbar ist, bezieht sich nicht auf die Anfechtung durch den biologischen Vater, da in einem derartigen Verfahren nach § 640 h II ZPO dieser gleichzeitig als Vater rechtlich festgestellt wird.

<sup>541</sup> MüKo zur ZPO/Coester-Waltjen § 644 Rdn. 1; Zöller/Philippi § 644 Rdn. 4; ohne Begründung, Büdenbender FamRZ 98, 129 (138); ders. ZJP 97, 33 (46 f). Vgl. zum allgemeinen Vorrang m.w.N. Zöller/Philippi § 644 Rdn. 2; Thomas/Putzo/Hüßtege § 644 Rdn. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 644 Rdn. 1.

<sup>542</sup> Vgl. FamRefK/Maurer § 1615 I Rdn. 31, Göppinger/Wax/Maurer Rdn. 1249, der diesen Gedanken in einer ähnlichen Konstellation der *nur tatsächlichen* Betreuung aufwirft, in der § 1615 I BGB nicht eingreift (nach seiner Minderansicht in diesem Fall, dazu FfN. 845), aber Unterhaltsansprüche gerechtfertigt erscheinen.



Denkbar wäre auch die Bestellung des biologischen Vaters als Vormund (§§ 1773 ff BGB). Da die tatsächliche Betreuung rechtliche Handlungsmacht erfordert, bietet sich in diesen Fällen die Bestellung des biologischen Vaters als Vormund des Kindes an. Auf diesem Wege ist, neben der rechtlichen Absicherung, eine Abgeltung im begrenzten Umfang möglich (§§ 1835 ff BGB). Gemäß § 1773 BGB darf das Kind allerdings nicht unter elterlicher Sorge stehen. Voraussetzung wäre demnach der Entzug des Sorgerechts der Mutter.

Soweit aber ein Sorgerechtsentzug in Betracht kommt, scheint ein anderer Weg angemessener. Mittels Entzug des Sorgerechts könnte das materiell uneingeschränkte Vaterschaftsanfechtungsrecht des Kindes ausgeübt und der biologische Vater rechtlich anerkannt werden. Kraft Unzumutbarkeit wird eine Verfristung regelmäßig ausscheiden (§ 1600 b V BGB). Dieser Weg hätte den Vorzug, dass das Kind nicht von einem „rechtlichen Dritten“ betreut und die Familie rechtlich zusammengeführt wird.

Soweit es daher zu einer längerfristigen Betreuung kommt, ist aus Gründen des Kindeswohls dieser Ansatz vorzugswürdig.

Soweit dagegen nur eine kurzfristige Betreuung im Raum steht und eine aufoktroyierte Vaterschaftsänderung auf diesen Weg nicht zu befürworten ist, kann gegebenenfalls eine tatsächliche Erstattung nach den Regeln des allgemeinen Zivilrechts erfolgen (s.o.).

### **c) Reformgedanken**

Um die umstrittene Auslegung des § 641d I ZPO hinsichtlich der *ersten* Fallgruppe zu vermeiden, kann insoweit über eine gesetzliche Ergänzung nachgedacht werden.

#### ***§ 641 d I (1) ZPO - alternativ:***

*Sobald ein Rechtsstreit auf Feststellung des Bestehens der Vaterschaft nach § 1600 d des BGB oder § 640 h II anhängig oder ein Antrag auf Bewilligung der Prozesskostenhilfe eingereicht ist, kann das Gericht auf Antrag des Kindes seinen Unterhalt und auf Antrag der Mutter oder des Vaters deren Unterhalt durch eine einstweilige Anordnung regeln. Das Gericht kann bestimmen, dass der Mann oder die Frau Unterhalt zu zahlen oder für den Unterhalt Sicherheit zu leisten hat und die Höhe des Unterhalts regeln.*

## **8) Weitere Rechte**

Über die bereits angesprochenen Rechte hinaus, kommen noch folgende zivilrechtlichen Rechtspositionen eines biologischen Vaters in Betracht. Auf eine Auswirkung auf das öffentliche Recht, insbesondere das Ausländerrecht<sup>543</sup> und das Strafrecht, kann hier nicht eingegangen werden.

### **a) Name §§ 1616 ff BGB**

Der Namen eines Kindes leitet sich grundsätzlich aus dem oder den Namen der Eltern ab, §§ 1616 ff BGB. Darunter fallen ausschließlich die rechtlichen Eltern. Der biologische Vater hat, wegen der klaren rechtlichen Zuordnung des Kindes zu den rechtlichen Eltern, kein Recht und keine Pflicht, dem Kind seinen Namen weiterzugeben.

### **b) Erbrecht des Vaters §§ 1925 I, 2303 II BGB**

Der rechtliche Vater eines Kindes kann gesetzlicher Erbe beziehungsweise Pflichtteilsberechtigter des Kindes werden, §§ 1925 I, 2303 II BGB. Der biologische Vater hat dagegen nach der gesetzlichen Vorstellung keine Elternverantwortung übernommen und

---

<sup>543</sup> Zur Stellung des biologischen Vaters im Ausländerrecht, Dietz InfAuslR 04, 102 (103 ff); vgl. C.II.1.d.dd.

ist daher nicht gesetzlich erbberechtigt. Soweit ein Zuwendungsinteresse besteht, ist dem Kind die Möglichkeit gegeben, mittels testamentarischer Erbfolge den biologischen Vater zu begünstigen.

Diese Ausgestaltung führt allerdings dazu, dass eine Testierfähigkeit des Kindes bestehen muss (§ 2229 I, II BGB) und die Zuwendung an den biologischen Vater - als Familienfremden - der erweiterten Erbschaftsteuer (§ 15 ErbStG)<sup>544</sup> unterliegt.

Der Schutzzweck der Testierfähigkeit steht aber insoweit über den Interessen des biologischen Vaters, sodass diese Voraussetzung gerechtfertigt ist.

Aber auch die Ausgestaltung der steuerlichen Lage ist hinzunehmen, da der biologische Vater rechtlich als mit dem Kind nicht verwandt gilt und eine nähere persönliche Verbundenheit, welche eine andere Ausgestaltung rechtfertigen könnte, nicht zwingend besteht. Darüber hinaus fehlt im geltenden Recht, mangels Festlegbarkeit der genetischen Vaterschaft, der nötige Anknüpfungspunkt (s.o.). Soweit allerdings obige Reform des Anfechtungsrechts erfolgt und die genetische Festlegung der Vaterschaft autark durchgeführt wird, kann im Erbschaftsteuerrecht über eine entsprechende Anpassung nachgedacht werden.

### **c) Unterhalt von dem Kind §§ 1601 ff BGB**

Ein Unterhaltsanspruch des Vaters gegen das Kind nach §§ 1601 ff BGB scheidet aus. Der Anspruch setzt zwingend rechtliche Verwandtschaft voraus. Der biologische Vater ist rechtlich kein Verwandter des Kindes. Ebenso wenig wie er dem Kind unterhaltsrechtlich verpflichtet ist, kann er das Kind in Anspruch nehmen.

### **d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Der Ausschluss des biologischen Vaters von diesen Rechten ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Der biologische Vater nimmt gerade keine rechtliche Vaterstellung ein und trägt damit keine elterlichen Pflichten. Damit ist es zu rechtfertigen, dass ihm keine derartigen Rechte gegenüber dem Kind zustehen.

Soweit eine andere schützenswerte rechtliche Vaterschaft besteht und eine Abänderung ausgeschlossen ist, bleibt das Kind diesem Vater zugeordnet.

Soweit eine solche nicht besteht, hat der biologische Vater die Möglichkeit, die rechtliche Vaterstellung, inklusive obiger Rechte, zu erlangen und ist daher ausreichend geschützt.

## **III Zusammenfassung**

Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen lässt sich aufzeigen, dass die Rechte von biologischen Vätern noch nicht umfassend geklärt und im Gesetz nicht ausreichend verankert sind. Wenn auch mittels neuerer Entscheidungen des BVerfG diesen Vätern Rechte zugesprochen wurden, stellt dies erst den ersten Schritt in die richtige Richtung dar.

Insbesondere weist das Umgangs- und Adoptionsrecht diesbezügliche Schwächen auf und bedarf entsprechend obiger Ausgestaltung einer Reform. Um die umstrittenen Auslegungsfragen im Bereich des Auskunfts- und Betreuungsunterhaltsrechts zu beseitigen, ist auch insoweit eine Klarstellung zu empfehlen.

---

<sup>544</sup> Vgl. zur Argumentation hinsichtlich der Erbschaftsteuer Müller S. 140 und Frank FamRZ 88, 113 (114).

# **E Der genetische Vater mit rechtlicher Vaterstellung**

Gänzlich anders stellt sich die Situation dar, wenn der genetische Vater eines nichtehelichen Kindes rechtlich die Vaterstellung erlangt hat. Seine Rechtsposition ist nicht mit der des biologischen Vaters vergleichbar. Als rechtlicher Vater ist er grundsätzlich umfassend für das Kind verantwortlich.

## **I Rechtliche Stellung**

Die Stellung des rechtlich anerkannten Vaters eines nichtehelichen Kindes ist nahezu gleichlaufend mit der des Vaters eines ehelichen Kindes. Diese Gleichstellung ist das Resultat der Kindschaftsrechtsreform<sup>545</sup>, welche die Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern beabsichtigte.

Trotzdem spielt es nach wie vor eine Rolle, ob die Eltern des Kindes miteinander verheiratet sind oder nicht. Demzufolge ist die rechtliche Ausgestaltung, insbesondere im Abstammungs- (s.o. C.I und II), Sorge-, Namens-, Unterhalts- und Adoptionsrecht, unterschiedlich<sup>546</sup>.

## **II Rechte**

Im Folgenden sind daher die Rechte der rechtlich anerkannten nichtehelichen Väter zu untersuchen und zu prüfen, ob Differenzierungen bestehen und diese gerechtfertigt sind.

### **1) Primäre Sorgerechtsverteilung nach §§ 1626 ff BGB**

Im Bereich des Sorgerechts gibt das Gesetz selbst eine differenzierende Behandlung vor. Die Erstentscheidung hinsichtlich der Sorgerechtsverteilung richtet sich bei nichtehelichen Eltern nach § 1626 a BGB. Demnach gilt, anders als bei verheirateten Eltern, der Grundsatz der gemeinsamen Sorge nicht (vgl. § 1626 I BGB).

Von dieser Primärzuordnung zu unterscheiden ist dessen Abänderung, welche sich nach § 1672 BGB (dazu unter E.II.2) oder §§ 1678 ff BGB (dazu unter E.II.3) richtet.

#### **a) Rechtliche Lage nach § 1626 a BGB**

Grundsätzlich besteht bei nichtverheirateten Eltern, trotz der missverständlichen Systematik der Norm, eine Alleinsorge der Kindesmutter (§ 1626 a II BGB)<sup>547</sup>.

Gemeinsame Sorge der Eltern lässt sich nur mittels Heirat<sup>548</sup> (§ 1626 I Nr. 2 BGB) oder übereinstimmender Sorgeerklärungen<sup>549</sup> (§ 1626 I Nr. 1 BGB - sogenanntes Erklärungs-<sup>550</sup> oder Antragsprinzip<sup>551</sup>) erreichen.

<sup>545</sup> Kindschaftsrechtsreform von 1998, dazu BT-Drucks 13/4899, insb. S. 1, 29.

<sup>546</sup> Palandt/Diederichsen Einf. v. 1591 Rdn. 1.

<sup>547</sup> Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 8 f; MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 1; Humphrey FPR 03, 578 (582); Richter FPR 04, 484 (484); Fink S. 26; - a.A. Mohr/Wallrabenstein Jura 03, 194 (195) die § 1626 a II BGB als Auffangtatbestand sehen.

<sup>548</sup> Umstritten ist, ob mit der Heirat der Vater ein ungeschmälertes Sorgerecht erlangt oder er das Sorgerecht nur von der Mutter, in dem ihr noch zustehend Umfang, ableitet. Auswirkungen zeigt dies, wenn das Sorgerecht der Mutter zuvor entzogen wurde. Der BGH hat sich, der h.M. folgend, letzterer Auffassung angeschlossen und dies mit dem Verweis auf die gesetzlichen Vorschriften des §§ 1626 a, 1626 b, 1680 II und III und 1696 BGB begründet, BGH FamRZ 05, 1469 (1470) m.w.N.; dazu Luthin FamRZ 05, 1471 (1471). Insb. rechtfertigt sich das bei einem Vergleich mit Sorgeerklärungen, die nach § 1626 b III BGB nur begrenzt möglich sind, wenn

Für letztere Alternative wurde das Erfordernis des Zusammenlebens der Eltern und eine gerichtliche Prüfungskompetenz, ob die gemeinsame Sorge mit dem Kindeswohl vereinbar ist, von der Gesetzesbegründung angesprochen, aber ausdrücklich abgelehnt<sup>552</sup>.

Beide Alternativen erfordern jedoch die Mitwirkung der Mutter. Insbesondere sieht das geltende Recht eine Ersetzung der mütterlichen Sorgeerklärung durch gerichtliche Entscheidung nicht vor<sup>553</sup>.

Dies bedeutet letztlich, dass der mit der Mutter nichtverheiratete Vater, auch nach jahrelangem Zusammenleben mit der Mutter, gegen deren Willen das gemeinsame Sorgerecht nicht erlangen kann. Entsprechendes gilt für den Wechsel der Alleinsorge auf den Vater, was nur im Falle einer Trennung möglich ist und ebenso die - wiederum nicht ersetzbare<sup>554</sup> - Zustimmung der Mutter erfordert, § 1672 I BGB (dazu unter **E.II.2**).

Die grundsätzliche Alleinsorge der Mutter endet daher - neben den Alternativen des § 1626 a I BGB und einer Sorgerechtsübertragung bei Getrenntleben (§ 1672 BGB) - nur im Fall des Todes beziehungsweise der Todeserklärung der Mutter (§ 1680 II (2); §§ 1681 I i.V.m. 1680 I BGB), bei Sorgerechtsübertragung wegen dauerhaften Ruhens der mütterlichen Sorge (§ 1678 II BGB) sowie bei Sorgerechtsentziehung (§§ 1680 III, 1666 BGB)<sup>555</sup>. Eine Sorgerechtsentziehung kommt dabei erst bei Gefährdung des Kindeswohls in Betracht, § 1680 III i.V.m. §§ 1666 f BGB.

Somit steht fest, dass der Vater eines nichtehelichen Kindes, abgesehen von den genannten Ausnahmesituationen, das Sorgerecht selbständig nicht erlangen kann. Die Mutter ist deshalb letztlich allein entscheidungsbefugt, ob sie mit dem Vater das Sorgerecht teilen will.

Der Gesetzgeber hat die rechtliche Stellung der Mutter bewusst „sehr stark“ ausgestaltet. Seiner Ansicht nach ist eine gerichtliche Korrekturmöglichkeit zu einer gemeinsamen Sorge abzulehnen, da eine erzwungene Gemeinsamkeit in einer Vielzahl von Fällen zu Streitigkeiten führe, die auf dem Rücken des Kindes ausgetragen werden und damit das Kindeswohl beeinträchtigen<sup>556</sup>.

---

zuvor eine gerichtliche Entscheidung erfolgt ist. Darüber hinaus entspricht es auch den Regeln der § 1680 II, III BGB, welche die Interessen des Vaters, bei dem Sorgerechtsentzug der Mutter, ausreichend berücksichtigen haben, wenn entschieden worden ist, ob er als Ersatzsorgeberechtigter das Sorgerecht erlangen solle, vgl. dazu Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 20 ff.

<sup>549</sup> Zu den Voraussetzungen der Sorgeerklärungen, vgl. Fink S. 26 ff. Die Sorgeerklärungen sind nicht empfangsbedürftige, bedingungs- und befristungsfeindliche, höchstpersönliche Willenserklärungen, wobei die erste bis zur Abgabe der zweiten frei widerruflich ist. Ihre Abgabe ist bereits vor Geburt zulässig. Die Erklärungen, welche der öffentlichen Beurkundung bedürfen, erlangen Bestandschutz, da sich die Unwirksamkeit allein nach § 1616 e BGB richtet; vgl. dazu §§ 1626 a ff BGB.

<sup>550</sup> Palandt/Diederichsen § 1626 a Rdn. 2.

<sup>551</sup> Lipp FamRZ 98, 65 (69).

<sup>552</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 58 f; vgl. Lipp FamRZ 98, 65 (69 f); - a.A. zur Kindeswohlprüfung noch die Vorschläge in BT-Drucks 12/4024 S. 4, 11 und BT-Drucks 13/1752 S. 4, 14.

<sup>553</sup> Vgl. bspw. Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 33; Fink S. 26; OLG Düsseldorf FamRZ 99, 673 (673); missverständlich zwischenzeitlich BGH FamRZ 01, 907 (908 und 910), wonach zwar keine Ersetzungsmöglichkeit besteht, aber bei Kindeswohlgefährdung § 1666 BGB greifen könnte; dagegen wiederum BVerfG FamRZ 03, 285 (291), vgl. dazu **E.II.1.c.aa.bbb.dddd**.

<sup>554</sup> Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 33, § 1672 Rdn. 8. Palandt/Diederichsen § 1672 Rdn. 3; MüKo/Huber § 1671 Rdn. 25; BGH FamRZ 01, 907 (908); OLG Frankfurt FamRZ 03, 1314 (1314); offener zwischenzeitlich BGH FamRZ 01, 907 (910), wonach bei Kindeswohlgefährdung § 1666 BGB greifen könnte; dagegen wiederum BVerfG FamRZ 03, 285 (291), vgl. dazu **E.II.1.c.aa.bbb.dddd**.

<sup>555</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 29; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 16.

<sup>556</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 59 f; BT-Drucks 13/8511 S. 65 f.

## **b) Rechtsprechung BVerfG '03**

### **aa) Ausgangspunkt**

Diese rechtliche Ausgestaltung wurde von Teilen der Rechtsprechung und der Literatur stark kritisiert<sup>557</sup>. Im Wesentlichen zeichneten sich dabei drei unterschiedliche Positionen ab<sup>558</sup>.

Eine Ansicht<sup>559</sup> vertritt, in Übereinstimmung mit der oberinstanzlichen Rechtsprechung<sup>560</sup>, die Verfassungskonformität von § 1626 a BGB.

Die Gegenmeinung sieht die Norm als verfassungswidrig an, da die generelle Alleinsorge der Mutter nicht mit Art. 6 GG zu vereinbaren sei. Demzufolge fordern sie kraft Gesetz die gemeinsame elterliche Sorge mit der Geburt des Kindes<sup>561</sup>.

Die überwiegende Ansicht in der Literatur<sup>562</sup> stimmt dagegen dem Ausgangspunkt des § 1626 a BGB zu, sieht aber das bestehende Vetorecht der Mutter mangels Korrekturmöglichkeit als verfassungswidrig an.

Diese Diskussion führte letztlich zu einer Entscheidung des BVerfG.

Die vom Familiengericht<sup>563</sup> konkret vorgelegte Frage war, ob es mit Art. 6 II und V GG vereinbar ist, dass gemäß §§ 1626 a, 1672 BGB der Vater eines nichtehelichen Kindes, der

---

<sup>557</sup> Vgl. je m.w.N. MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 35 ff; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; Staudinger/Rauscher § 1626 a Rdn. 33 ff und die Verweisungen in den folgenden FbN.

<sup>558</sup> Vgl. jeweils gesamtbetrachend Staudinger/Rauscher § 1626 a Rdn. 33; Müller ZfJ 04, 7 (8).

<sup>559</sup> Büdenbender AcP 197, (1997) 197 (207, 214); dt. Anwaltverein FamRZ 96, 1401 (1402); Schwab/Motzer III Rdn. 209; Sturm/Sturm StAZ 98, 305 (307); Motzer FamRZ 01, 1035 (1038); Witteborg S. 233 ff; Baer DAVorm 96, 855 (859); Oelkers FuR 02, 106 (106 f); Dickerhof-Borello FuR 98, 70 (70); Pieper FPR 02, 62 (73); v. Luxburg Rdn. 46; Zimmermann DNotZ 98, 404 (416); Finger (mittlerweile anders) ZfJ 97, 301 (303); i.E. ebenso Schlüter FuR 94, 341 (343 f); i.E. wohl ebenso Ewers FamRZ 00, 787 (787); so auch Greßmann Rdn. 185, der aber eine Ersetzungsmöglichkeit für wünschenswert hält; zweifelnd Coester-Waltjen Jura 98, 436 (439), die zumindest dies nicht für optimal hält; sehr restriktiv und § 1626 a BGB als zu weitgehend ansehend, Will ZfJ 98, 308 (308 ff); zustimmend aus sozialwissenschaftlicher Sicht, Zens, Referat zum DJT, M 15 ff, 30 f.

<sup>560</sup> BGH FamRZ 00, 907 (907 ff); OLG Düsseldorf FamRZ 99, 673 (673); OLG Hamm KindPrax 99, 97 (97); - a.A. AG Korbach FamRZ 00, 629 (629 ff); AG Großgerau FamRZ 00, 631 (631 f); kritisch OLG Stuttgart FamRZ 00, 632 (632 f).

<sup>561</sup> Finger ZfJ 00, 183 (188); ders. FamRZ 00, 1204 (1208); Roos DAVorm 00, 530 (541); ähnlich Jopt ZfJ 96, 203 (206); Boemke FuR 91, 181 (189).

<sup>562</sup> Fink S. 42 ff; Palandt/Diederichsen (62. A.) § 1626 a Rdn. 11, § 1672 Rdn. 3; Lipp/Wagenitz § 1626 a Rdn. 13; MüKo/Finger § 1672 Rdn. 10; MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 40; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 121; ebenso: Finger StAZ 03, 225 (226); Wolf FamRZ 02, 172 (173); DFGT FamRZ 97, 337 (340); Lipp FamRZ 98, 65 (70); Rauscher Rdn. 973; ders. FamRZ 98, 329 (335) FbN. 74; kritisch Diederichsen NJW 98, 1977 (1983); Willutzki RPflegler 97, 336 (337); ders. KindPrax 98, 8 (9); ders. KindPrax 00, 45 (48); Dickmeis ZfJ 98, 41 (48); kritisch Dethloff NJW 92, 2200 (2201) ohne den direkten Vorwurf der Verfassungswidrigkeit; kritisch auch Coester FamRZ 95, 1245 (1247 f); ders. in BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; ders. FamRZ 96, 1181 (1185); ders. DEuFamR 99, 3 (7 f) wobei sich dessen Kritik primär auf § 1672 BGB bezieht, ähnlich Lüderitz Rdn. 934; kritisch auch Grziwotz FamRZ 99, 419 (420); ders. S. 465; Klüsener RPflegler 98, 221 (224); Schumann FuR 02, 59 (63 f); dies. FamRZ 00, 389 (396); Luthin FamRZ 01, 911 (912); Winn KindPrax 99, 97 (97); - einen Verstoß gegen **Art. 3 II GG** wegen Ungleichbehandlung der Eltern bejahen Fink S. 77 f; Rauscher FamRZ 98, 329 (335) FbN. 74; Wolf FPR 02, 173 (176); kritisch Coester FPR 05, 60 (61); ders. in BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; vgl. Mohr/Wallrabenstein Jura 04, 194 (194 ff); - einen Verstoß gegen **Art. 6 V GG** wegen Benachteiligung des nichtehelichen Kindes bejahen: v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 121; Schumann FuR 02, 59 (63, 67); Willutzki RPflegler 97, 336 (337); ders. KindPrax 98, 8 (9); Spangenberg/Spangenberg ZfJ 03, 332 (332); Wolf FPR 02, 173 (176); Fink S. 77 f; Jonas JAMt 03, 332 (334); Rauscher FamRZ 98, 329 (335) FbN. 74; Heumann FuR 03, 293 (295 f); AG Korbach FamRZ 00, 629 (631); kritisch Coester FPR 05, 60 (61); ders. BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; - ferner diskutiert Fink S. 78 ff, 88 ff, einen Verstoß gegen **Art. 3 I GG** im Hinblick auf die Übergangsregel des Art. 224 § 2 III EGBGB; - einen Verstoß gegen **Art. 8 I, 14 EMRK** und die **UN-Kinderrechtskonvention** rügt Brötel ZfJ 98, 447 (448); ders. DAVorm 96, 745 (759); Koepfel/Brötel S. 64; Koepfel/Jayme/Ebert S. 149; Heumann FuR 03, 293 (296); Schumann S. 158 ff; Finger StAZ 03, 225 (227); Dickmeis ZfJ 98, 41 (48); Pintens FamRZ 97, 457 (464); kritisch Finger FuR 02, 403 (405); Coester BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483 f; - a.A. wohl Pintens FamRZ 97, 457 (459); vgl. auch Fahrenhorst S. 406 ff.

mit der Kindesmutter und dem Kind mehrere Jahre in einer familienähnlichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt hat, nach Trennung der Eltern, ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, die gemeinsame Sorge für sein Kind nicht zugesprochen erhalten kann, solange die Kindesmutter ihre Zustimmung hierzu verweigert.

## **bb) Rechtsprechung des BVerfG**

Das BVerfG<sup>564</sup> sah § 1626 a BGB, mit Ausnahme einer fehlenden Übergangsregel<sup>565</sup>, als verfassungsgemäß an. Dabei beanstandete es nicht, dass die Mutter grundsätzlich allein sorgeberechtigt ist und der Vater, außer in den erwähnten Sonderfällen (**E.II.1.a**), gegen den Willen der Mutter das Sorgerecht nicht erhalten kann.

Wie das Gericht vorab erneut klarstellt, können sich beide Elternteile grundsätzlich auf Art. 6 II GG berufen (**B.I.1.a** und **2.a**). Dies beinhaltet jedoch nicht den Gleichlauf ihrer Rechte. Insoweit ist eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber nötig und zulässig.

Die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung setzt eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraus und fordert ein Mindestmaß an Übereinstimmung. Soweit diese Voraussetzungen fehlen, darf der Gesetzgeber einem Elternteil die Hauptverantwortung für das Kind zuordnen. Anders als bei verheirateten Eltern ist nicht generell davon auszugehen, dass nichteheliche Eltern gemeinsam leben und beide für das Kind Verantwortung übernehmen wollen. Mangels Heirat fehlt der verbindlich erklärte Wille der Eltern zur gemeinschaftlichen Verantwortungsübernahme. Nichteheliche Kinder werden in eine Vielzahl von familiären Konstellationen hineingeboren, was dazu führt, dass dem Kind bei seiner Geburt eine Person verbindlich zugeordnet werden muss. Aus Gründen des Kindeswohls muss ab der Geburt eine Person feststehen, die für das Kind rechtsverbindlich handeln kann. Wegen der biologischen Verbundenheit der Geburt und der dadurch feststehenden sicheren Zuordnung, ist dies die Mutter.

Die vorrangige Zuweisung an die Mutter ist nach Ansicht des Gerichts verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da insbesondere die Eltern die Möglichkeiten haben, mittels übereinstimmender Sorgeerklärung, die elterliche Sorge gemeinsam zu übernehmen.

Die Notwendigkeit eines Konsens der Eltern zur gemeinsamen Sorgeübernahme wird nicht als Verstoß gegen Art. 6 II GG gewertet. Die gemeinsame Sorge bedarf ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen den Eltern. Soweit es daran fehlt, besteht die Gefahr, dass die Eltern ihre Konflikte auf den Rücken des Kindes austragen und damit das Kindeswohl beeinträchtigt wird. Die Prämisse des Gesetzgebers, wonach eine gegen den Willen eines Elternteils erzwungene gemeinsame Sorge regelmäßig für das Kind mit mehr Nachteilen als Vorteilen verbunden ist, kann nach Auffassung des Gerichts nicht beanstandet werden.

Die Annahme des Gesetzgebers, die Weigerung der Mutter sei auf Gründe des Kindeswohls zurückzuführen und stelle sich nicht als eine Ausnutzung einer Machtposition gegenüber dem Vater dar, wird als vertretbar angesehen. Unter dieser Voraussetzung ist es mit Art. 6 II GG zu vereinbaren, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, die Entscheidung der Mutter einer gerichtlichen Nachprüfbarkeit zu unterwerfen. Da dem Scheitern einer gemeinsamen

---

<sup>563</sup> Vgl. AG Korbach FamRZ 00, 629 (629 ff); AG Großgerau FamRZ 00, 631 (631 f).

<sup>564</sup> BVerfG FamRZ 03, 285 (285 ff); auf § 1672 BGB ging das Gericht, anders als der Vorlagebeschluss, nicht ein, da der Vater nicht die Übertragung der Alleinsorge beantragte.

<sup>565</sup> BVerfG FamRZ 03, 285 (291) insoweit ist § 1626 a BGB verfassungswidrig, da bei einer Trennung der nichtehelichen Eltern vor dem In-Kraft-Treten der Kindschaftsreform am 01.07.98 verwehrt war, während ihres Zusammenlebens übereinstimmende Sorgeerklärungen abzugeben und nach dieser Trennung eine Zustimmung der Mutter oftmals nicht mehr erwartet werden kann; - zur Übergangsregel: Höfelmann FamRZ 04, 65 (68 ff); Richter FPR 04, 484 (487); Becker FamRB 04, 402 (402 ff).

Sorgeerklärung regelmäßig derartige Konflikte zugrunde liegen, könne eine gemeinsame Sorgerechtsausübung nicht als für das Kindeswohl dienlich angesehen werden.

Der Gesetzgeber geht bei Kooperationsbereitschaft der Eltern im Regelfall von einer Vereinbarung der gemeinsamen Sorge mittels Sorgeerklärungen aus. Soweit die Eltern des Kindes zusammenleben und gemeinsam Verantwortung für das Kind tragen, werde die Mutter der gemeinsamen Sorge zustimmen. Dass die Eltern die Möglichkeit einer rechtlichen Absicherung durch Sorgeerklärung nutzen, könne dementsprechend erwartet werden.

Das BVerfG sieht diese Annahme, soweit sie der Realität entspricht, als mit Art. 6 II GG vereinbar an.

Gleichzeitig weist das Gericht aber darauf hin, dass im Falle einer Abweichung der Praxis von dieser Prämisse das Elternrecht des Art. 6 II GG verletzt ist. Sollte die gemeinsame Sorge auch in einer Vielzahl von Fällen nicht vereinbart werden, obwohl dies dem Kindeswohl entspreche, ist die gesetzliche Typisierung nicht mehr gerechtfertigt.

Das BVerfG sieht diese Annahme und damit die geltende Rechtslage als (noch) nicht widerlegt an. Einerseits fehlen gesicherte Erkenntnisse, inwieweit die Prämisse des Gesetzgebers unzutreffend ist, andererseits darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die gemeinsame Sorge mittels Sorgeerklärung erst im Jahre 1998 eingeführt wurde und die Durchsetzung in der Praxis stets einige Zeit benötige.

Mit derselben Argumentation lehnt das Gericht sowohl einen Verstoß gegen Art. 3 I GG als auch gegen Art. 6 V GG ab. Insbesondere wird die differenzierende rechtliche Situation mit dem Hinweis auf die unterschiedliche tatsächliche Ausgangslage, hinsichtlich der Sorgebereitschaft bei nichtverheirateten Eltern und der damit verbundenen sachlichen Rechtfertigung, begründet.

### **cc) Ergebnis**

Demzufolge ist nach Ansicht des BVerfG die geltende Rechtslage zulässig, solange keine Erkenntnisse bestätigen, dass die zugrunde liegende Annahme von der Realität überholt ist. Das Gericht verpflichtet jedoch den Gesetzgeber, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten. Sobald sich herausstellen sollte, dass die zugrundeliegende Prognose nicht oder nicht mehr mit der Wirklichkeit übereinstimmt, müsse der Gesetzgeber die Regelungen korrigieren.

### **c) Verfassungsrechtliche Problematik / Kritik**

Die Entscheidung des BVerfG ist auf umfangreiche Kritik gestoßen<sup>566</sup>. Insbesondere wird vorgetragen, dass eine derartig starke Stellung der Mutter mit dem Elternrecht des Vaters aus Art. 6 II GG nicht vereinbar sei, wenn dieser keine Möglichkeit habe, allein aus Erwägungen des Kindeswohls und ohne das Einverständnis der Mutter, die elterliche Sorge zu erlangen.

---

<sup>566</sup> Richter FPR 04, 484 (486); Spangenberg/Spangenberg ZfJ 03, 332 (332); Müller ZfJ 04, 8 (11); Jonas JAmt 03, 332 (333 ff); Heumann FuR 02, 293 (294 ff); Machulla ZFE 03, 105 (109 ff); Burmeister KJ 03, 328 (328 ff); ähnlich Carl FPR 05, 165 (165); Finger FuR 03, 341 (341 f); ders. StAZ 03, 225 (226 f); Coester FPR 05, 60 (62 ff); mit Hinweis auf die Problematik der Geschlechterdiskriminierung, Mohr/Wallrabenstein Jura 04, 194 (195); Motzer FamRZ 03, 793 (803); vgl. aber ders. FamRZ 04, 1145 (1153); ders. FamRZ 01, 1034 (1038); ders. FamRB 03, 80 (81); - a.A. Hebel JA 03, 750 (753); Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann Art. 6 Rdn 49; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; Breithaupt FPR 04, 488 (488) mit der eigenständigen Begründung, dass die Differenzierung ihre Rechtfertigung darin findet, dass eine unterschiedliche Verpflichtung des Vaters gegenüber der ehelichen und nichtehelichen Mutter besteht. Dabei wird aber verkannt, dass nicht die Interessen der Mutter, sondern die des Vaters und des Kindes entscheidungserheblich sind. Vgl. zu ähnlichen Literaturansichten bereits im Vorfeld der BVerfG-Entscheidung die folgenden FbN..

Darüber hinaus darf die Funktion des BVerfG nicht überbewertet werden, wonach dieses Gericht die geltende Rechtslage nur auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung untersucht und nicht verfassungsrechtliche optimale oder rechtspolitisch wünschenswerte Gestaltungen vorschreibt. Soweit § 1626 a BGB als verfassungsgemäß angesehen wird, heißt dies noch nicht, dass eine andere Gestaltung der Sorgerechtsverteilung nicht erstrebenswert wäre.

## **aa) Betrachtung der Entscheidung des BVerfG**

Zunächst ist jedoch die Entscheidung des BVerfG näher zu untersuchen.

Ausgangspunkt dieser verfassungsrechtlichen Betrachtung ist die Feststellung, dass sowohl Mutter als auch Vater grundsätzlich gleichberechtigte Träger des Elternrechts aus Art. 6 II GG sind (s.o. **B.I.1.a**; **B.I.2.a**; **B.V**). Der normative Regelfall ist daher die gemeinsame Elternverantwortung. Dementsprechend stellt eine Alleinsorge einen zu rechtfertigenden Eingriff in das Elternrecht dar<sup>567</sup>.

### **aaa) Primärzuordnung an die Mutter**

Der Argumentation des BVerfG ist insoweit beizupflichten, als bei der Ausgestaltung der Rechte der Eltern den verschiedenen tatsächlichen Verhältnissen Rechnung getragen werden muss. Zuzustimmen ist deswegen der Forderung des Gerichts, wonach es für die Ausübung einer gemeinsamen Sorge einer tragfähigen sozialen Beziehung der Eltern bedarf. Aus dem Aspekt des Kindeswohls ist demgemäß ein Mindestmaß an Übereinstimmung zu fordern<sup>568</sup>.

Da bei nichtehelichen Vätern nicht generell von einer Sorgebereitschaft ausgegangen werden kann, ist somit nicht zu beanstanden, wenn die elterliche Sorge bei der Geburt einem Elternteil zugeordnet wird. Berechtigterweise trifft dies die Mutter. Diese Entscheidung wird durch das Interesse des Kindes auf klare Zuordnung im Zeitpunkt der Geburt gestützt. Im Hinblick auf die Vaterschaft ist dies nicht in allen Konstellationen von nichtehelichen Geburten gewährleistet. Die Zuordnung zur Mutter entspricht demzufolge dem entscheidenden Kriterium des Kindeswohls.

Die Primärzuweisung an die Mutter ist daher gerechtfertigt<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> Vgl. dazu Coester FamRZ 95, 1245 (1247); ders. JZ 92, 809 (814).

<sup>568</sup> So auch Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 37 f.

<sup>569</sup> So die ganz h.M.: Wolf FamRZ 02, 172 (173); Groß FamRZ 02, 176 (176); Spangenberg/Spangenberg ZfJ 03, 332 (333); Humphrey FPR 03, 578 (581); Coester FPR 05, 60 (63); ders. FamRZ 04, 87 (87); ders. FamRZ 95, 1245 (1247); ders. in BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; ders. JZ 92, 809 (814); ders. DEuFamR 99, 3 (7); ders. RdJB 96, 430 (432); Winn KindPrax 03, 67 (67); Machulla ZFE 03, 105 (109); Fink S. 77, 121, 131; Zens/Salgo S. 66 ff; Seibert FamRZ 95, 1457 (1460); Schlüter FuR 94, 341 (344); Lipp FamRZ 98, 65 (70); Dethloff NJW 92, 2200 (2200); Büdenbender AcP 197 (1997) 197 (214); Witteborg S. 234; Coester-Waltjen FS II S. 22; Schwenzer, Gutachten zum DJT, A. 71; Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn. 72 ff; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 79; MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 38; Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 10 und § 1672 Rdn. 2; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; BGH FamRZ 01, 907 (909); BGH FamRZ 91, 913 (915); Schumann FamRZ 00, 389 (393); dies. FuR 02, 59 (62), wobei diese die Argumentation des Muttersvorrangs kraft vorrangiger Bindung mittels Schwangerschaft zurückweist, da dies dem verfassungsmäßigen Gleichrang beider Elternteile widerspricht; kritisch auch Burmeister KJ 03, 328 (332 f); - a.A. dagegen: Boemke FuR 91, 181 (189); Richter FPR 04, 484 (486); dagegen wiederum Breithaupt FPR 04, 488 (490 f); ebenso a.A. Müller ZfJ 04, 7 (10), der jedenfalls in den Fällen der vorgeburtlichen Anerkennung und des Zusammenlebens der Eltern im Zeitpunkt der Geburt einen Konflikt mit Art. 6 II GG annimmt. Insb. sieht er den Ausgangspunkt kritisch, wenn bei Ehegatten ein Mindestmaß an Übereinstimmung kraft Eheschluss angenommen wird. Ein Erwerb der gemeinsamen Sorge ist bei diesen unabhängig der Qualität und des tatsächlichen Bestandes ihrer Beziehung. Ebenso wie bei nichtverheirateten Eltern sei aber die zukünftige Entwicklung der Ehe und ihr Verhältnis zu Kindern ungewiss, sodass auch bei ihnen nicht zwingend von einem fortbestehenden Konsens ausgegangen werden kann. Dies überträgt Müller auf nichtverheiratete Eltern und befürwortet den *Erwerb* der gemeinsamen Sorge kraft Gesetz im Zeitpunkt der Geburt. Nach seiner Ansicht ist demnach zwischen dem *Erwerb* und der *Ausübung* der gemeinsamen elterlichen Sorge zu differenzieren und nur für letzteres ein Mindestmaß an Übereinstimmung zu fordern; ebenso a.A. Finger FamRZ 00, 1204 (1208), mit dem Vorschlag des gemeinsamen Sorgerechts ab Geburt, ähnlich Rauscher FamRZ 98, 329 (335) FbN. 74; dazu **E.II.1.e.aa**.



### **bbb) Abänderbarkeit der Primärzuordnung**

Als problematisch muss jedoch die gesetzgeberische Entscheidung angesehen werden, wonach die Zuordnung zur Mutter ohne deren Einwilligung grundsätzlich nicht mehr abänderbar ist. Dieses Vetorecht der Mutter führt dazu, dass eine Abwägung mit den Interessen des Vaters sowie eine Prüfung des Kindeswohls überhaupt nicht mehr stattfinden kann. Soweit keine Gefährdung des Kindeswohls droht, liegt nach derzeitiger Gesetzeslage die Zuordnung unverrückbar allein bei der Mutter. Dies ist nach weitverbreiteter Ansicht - in Bezug auf den Vater<sup>570</sup> - zumindest<sup>571</sup> als ein Verstoß gegen Art. 6 II GG zu werten<sup>572</sup>.

### **aaaa) Unrealistische Prämisse**

Der Entscheidung des BVerfG wird mangelnde Praxisnähe vorgeworfen. Insbesondere ist die Annahme, die Kindesmutter werde regelmäßig das Sorgerecht mit dem Vater teilen, wenn dies dem Kindeswohl entspricht, unrealistisch<sup>573</sup>.

Es besteht stets die Gefahr des Machtmissbrauchs. Für eine Ablehnung der Sorgerechtsteilung kann es eine Vielzahl von Gründen geben, die nicht alle auf Kindeswohlüberlegungen zurückzuführen sind.

Wie erste Untersuchungen belegen, kann die gesetzliche Vermutung, wonach die Weigerung der Mutter auf Kindeswohlgesichtspunkte beruhe, nicht aufrechterhalten werden<sup>574</sup>. Nach den Ergebnissen dieser Studien liegt ein Hauptgrund der Zustimmungsverweigerung oftmals darin, dass die Mutter, obwohl sie sich mit dem Vater gut versteht, die alleinige Sorge beibehalten will, damit sie im Konfliktfall allein entscheidungsbefugt bleibt.

---

<sup>570</sup> Daneben wird der Norm auch das Recht des Kindes auf beide bzw. den besser geeigneten Elternteil entgegengehalten, Art. 1, 2, 6 II GG, Art. 18 UN-Kinderkonvention, Art. 8 EMRK; vgl. bspw. Coester BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; zur UN-Kinderkonvention Richter FPR 04, 484 (485), mit der Problematik, ob die Norm auf nichteheliche Kinder anwendbar ist, dazu oben **B.VII.1.b**.

<sup>571</sup> Teilweise aber auch ein Verstoß gegen **Art. 3 II GG**: Fink S. 77 f; Rauscher FamRZ 98, 329 (335) FbN. 74; Wolf FPR 02, 173 (176); Burmeister KJ 03, 328 (335); kritisch Coester FPR 05, 60 (61); ders. in BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; Bamberger/Roht/Veit § 1626 a Rdn. 17; ähnlich Machulla ZFE 03, 105 (109 ff); vgl. Mohr/Wallrabenstein Jura 04, 194 (194 ff); - gegen **Art. 6 V GG**: Schumann FuR 02, 59 (63, 67); Wolf FPR 02, 173 (176); Fink S. 77 f; Jonas JAmt 03, 332 (334); Spangenberg/Spangenberg ZfJ 03, 332 (332); Willutzki RPfleger 97, 336 (337); ders. KindPrax 98, 8 (9); Rauscher FamRZ 98, 329 (335) FbN. 74; Machulla ZFE 03, 105 (109 ff); Heumann FuR 03, 293 (295 f); v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 121; AG Korbach FamRZ 00, 629 (631); kritisch Coester FPR 05, 60 (61); ders. in BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; Bamberger/Roht/Veit § 1626 a Rdn. 17; - gegen **Art. 8 EMRK** und die **UN-Kinderrechtskonvention**: Heumann FuR 03, 293 (296); Brötel ZfJ 98, 447 (448); ders. DAVorm 96, 745 (759); Burmeister KJ 03, 328 (341); Pintens FamRZ 97, 457 (464); Machulla ZFE 03, 105 (112); Schumann S. 158 ff; Koeppel/Brötel S. 64; Koeppel/Jayme/Ebert S. 149; Dickmeis ZfJ 98, 41 (48); kritisch Finger FuR 02, 403 (405); Coester BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483 f; vgl. Fahrenhorst S. 406 ff; Henrich FamRZ 03, 359 (359); - a.A. wohl Pintens FamRZ 97, 457 (459); - dies alles ablehnend BVerfG FamRZ 03, 285 (292); BGH FamRZ 01, 907 (910), da entsprechend der Begründung zu Art. 6 II GG eine sachliche Rechtfertigung besteht.

<sup>572</sup> Coester FPR 05, 60 (60 f, 63); Carl FPR 05, 165 (165); Richter FPR 04, 484 (487); Humphrey FPR 03, 578 (585); Spangenberg/Spangenberg ZfJ 03, 332 (332); Henrich FamRZ 03, 358 (359); Machulla ZFE 03, 105 (109); Schumann FuR 02, 59 (62 ff); Dickmeis ZfJ 98, 41 (48); Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; ähnlich Müller ZfJ 04, 8 (11); AG Korbach FamRZ 00, 629 (630); - a.A. noch Coester DEuFamR 99, 3 (7), mit dem Hinweis auf die nötige Kooperationsbereitschaft.

<sup>573</sup> Spangenberg/Spangenberg ZfJ 03, 332 (333); Jonas JAmt 03, 332 (333); Müller ZfJ 04, 8 (11); Henrich FamRZ 03, 358 (359); Humphrey FPR 03, 578 (584); Richter FPR 04, 484 (485, 487); Machulla ZFE 03, 105 (109); Winn KindPrax 03, 67 (67); Fink S. 66 f, 136, 167; Burmeister KJ 03, 328 (338 f); Finger StAZ 03, 225 (228) insb. FbN. 25.

<sup>574</sup> So die Untersuchung von Fink S. 136 ff, insb. S. 146 f; ebenso die Untersuchung von Finger StAZ 03, 225 (229), (dort auch in FbN. 25), wonach in *weniger als 50 %* der nichtehelichen Geburten eine Sorgeerklärung abgegeben wird; erst ab 2004 werden statistische Erhebungen insoweit durchgeführt (§§ 98 II, 99 VI a, 101 I SGB VIII), sodass nähere statistische Werte noch fehlen.

Erstaunlich ist ferner, dass der Gesetzgeber in anderen Konstellationen<sup>575</sup>, in denen eigene Interessen mit denen anderer zusammenfallen, regelmäßig eine Vertretung wegen des drohenden Interessenkonflikts ausschließt, aber hier gegenläufig annimmt, dass die Mutter ihre eigenen Interessen zurückstellt und allein im Interesse des Kindeswohls handelt.

#### *bbbb) Einfluss auf die Eltern-Kind-Beziehung*

Der Entscheidung des Gesetzgebers liegt die Erwägung zugrunde, dass anderenfalls, wenn dem Vater gerichtliche Überprüfungsmöglichkeiten offen stehen würden, das Mutter-Kind-Verhältnis beeinträchtigt werden könnte<sup>576</sup> und so manche Mutter bereits im Vorfeld die Vaterschaftsfeststellung behindern würde, um spätere „Einmischungen“ zu vermeiden<sup>577</sup>.

Diese gesetzgeberische Bedenken müssen zwar berücksichtigt werden, können jedoch die geltende Rechtslage nicht rechtfertigen.

Unzutreffend ist insbesondere die Folgerung, ein Konflikt zulasten des Kindes könne dadurch vermieden werden. Dieser wird lediglich verlagert und im Bereich des Umgangsrechts ausgetragen<sup>578</sup>.

#### *cccc) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*

Den vorgebrachten Erwägungen kann ebenso auf anderer Weise ausreichend Rechnung getragen und damit der Eingriff in das Elternrecht des Vaters vermindert werden.

Insbesondere stellt die Gestaltung des Sorgerechts wegen anderer Lösungsmöglichkeiten einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dar<sup>579</sup> und begründet eine überspannte gesetzliche Typisierung, der die nötige Differenzierung fehlt.

Auch unter der Prämisse des Gesetzgebers, wonach die Weigerung der Mutter im *Regelfall* im Hinblick auf das Kindeswohl ausgeübt wird, kann die Norm des § 1626 a II BGB nicht aufrechterhalten werden. Selbst wenn sich die Prognose des Gesetzgebers bewahrheiten sollte, treffen sie nur den *Regelfall* und können, unter Beachtung der Intensität des Eingriffs, eine ausnahmslose Typisierung nicht rechtfertigen<sup>580</sup>. Die fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit widerspricht dem Gedanken, als eine Entscheidung eine sachlich überprüfbare Begründung umso mehr erfordert, je stärker sie in Rechte anderer eingreift<sup>581</sup> (s.o. **C.I.1.c.dd**). Das nichteheliche Kind hat grundsätzlich ein Recht darauf, demjenigen Elternteil anvertraut zu werden, welches sich am besten um sein Kindeswohl kümmert<sup>582</sup>. Demnach sollte sich das Sorgerecht primär am Kindeswohl ausrichten<sup>583</sup>.

#### *dddd) Schwelle der Kindeswohlgefährdung*

Die Möglichkeit des Vaters, das Sorgerecht zu erlangen, eröffnet sich nach geltender Rechtslage erst bei Kindeswohlgefährdung. Diese Schwelle des § 1666 BGB ist zu hoch<sup>584</sup>.

---

<sup>575</sup> Vgl. den Grundfall des § 181 BGB und die verschiedensten Verweisungen darauf bzw. Spezialnormen.

<sup>576</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 59 f.

<sup>577</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 59 f.

<sup>578</sup> Spangenberg/Spangenberg ZfJ 03, 332 (333); Richter FPR 04, 484 (484) FbN. 4; so zu verstehen auch Bode FamRZ 99, 1400 (1402); zur Konfliktverlagerung allgemein Jaeger FPR 05, 70 (70 ff).

<sup>579</sup> Richter FPR 04, 484 (487); Humphrey FPR 03, 578 (583 f); Mohr/Wallrabenstein Jura 04, 194 (197); so auch AG Korbach FamRZ 00, 629 (630 f); Fink S. 69 ff, insb. S. 75.

<sup>580</sup> Humphrey FPR 03, 578 (583 f); Fink S. 69 ff, 167; Coester FamRZ 95, 1245 (1247 f); ders. FPR 05, 60 (61); Jonas JAmt 03, 332 (333); Schumann FuR 02, 59 (64); Heumann FuR 02, 293 (294); so auch AG Korbach FamRZ 00, 629 (630); kritisch auch Winn KindPrax 03, 67 (67); Burmeister KJ 03, 328 (334).

<sup>581</sup> Richter FPR 04, 484 (484); vgl. auch Coester FamRZ 04, 87 (87 f); ders. FPR 05, 60 (64); ders. FamRZ 95, 1245 (1248); Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 10; BVerfG FamRZ 91, 913 (916, 917); vgl. auch BVerfGE 79, 87 (100); ähnlich auch Bonner Kommentar/Jestaedt Art. 6 Rdn 124 (zu §§ 1748, 1705 BGB a.F.).

<sup>582</sup> Henrich FamRZ 03, 358 (359); Burmeister KJ 03, 328 (342).

<sup>583</sup> Schumann FamRZ 00, 389 (392); Henrich FamRZ 03, 358 (359).

<sup>584</sup> Henrich FamRZ 03, 358 (359); Richter FPR 04, 484 (485); Wolf FamRZ 02, 172 (175); Groß FamRZ 02, 176 (178); Finger FamRB 02, 336 (337); Winn KindPrax 03, 67 (67); Spangenberg FamRZ 94, 132 (133); Rauscher

Daran ändert auch die Ansicht des BGH nichts<sup>585</sup>, welcher versucht die Norm des § 1666 BGB insoweit verfassungskonform auszulegen und das Elternrecht des Vaters diesbezüglich angemessen zu berücksichtigen und damit ausreichend zur Geltung zu bringen.

Dieser grundlegende Ansatz des BGH wird von ihm selbst aber weitgehend inhaltsleer gelassen. Eine derartige missbräuchliche Ausübung der elterlichen Sorge durch die Mutter soll demnach nicht einmal vorliegen, wenn trotz früherer familiärer Lebensgemeinschaft beider Eltern mit dem Kind, die nach Trennung als faktische Erziehungsgemeinschaft fortgesetzt wurde, die Mutter die Erlangung der gemeinsamen Sorge verhindert. Insbesondere ist der Entscheidung zu entnehmen, dass der BGH dabei die Schwelle der Kindeswohlgefährdung nicht herabsetzen wollte.

Dieser dogmatische Ansatz über § 1666 BGB wird vom BVerfG grundlegend abgelehnt<sup>586</sup>.

Wie von der Rechtsprechung des BVerfG bestätigt, ist nach geltender Rechtslage allein die Weigerung der Mutter, eine Sorgeerklärung abzugeben, keine missbräuchliche Ausnutzung ihrer Elternverantwortung. Ungeachtet dessen zielt § 1666 BGB auch nicht auf den Ausgleich der elterlichen Rechte in Konfliktsituationen, sondern stellt vielmehr eine Grenze für Eingriffe des Staates in das Elternrecht dar<sup>587</sup>. Entgegen der Ansicht des BGH eröffnet § 1666 BGB keinen Weg zur gerichtlichen Einzelfallprüfung bei Zustimmungsverweigerung.

Da § 1666 BGB darüber hinaus nur zu einem Entzug des Sorgerechts führen kann, ist auf diesem Weg die Begründung eines *gemeinsamen* Sorgerechts grundsätzlich nicht möglich<sup>588</sup>. Unabhängig davon, ob die Einräumung eines Mitsorgerechts ein Teilentzug des vorherigen Alleinsorgerechts ist, stellt sich regelmäßig die Frage, wie bei Überschreiten der Schwelle der Kindeswohlgefährdung ein *gemeinsames* Sorgerecht noch begründet werden kann. Bei einer Kindeswohlgefährdung kommt daher, entgegen der Auffassung des BGH, nicht die gerichtliche Einräumung einer gemeinsamen Sorge, sondern allenfalls die Übertragung der Alleinsorge nach §§ 1680 III, II i.V.m. 1666 BGB in Betracht.

Ferner bleibt, unbenommen des Auslegungsansatzes des BGH, die Eingriffsschwelle zu hoch. Eine gemeinsame Sorge kann durchaus bereits dem Kindeswohl am besten entsprechen, ohne die Schwelle der Kindeswohlgefährdung zu erreichen.

## **bb) Ergebnis**

Der Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des § 1626 a BGB können damit einige berechtigte Vorbehalte entgegengehalten werden. Aus den Urteilsgründen und der dem Gesetzgeber aufgelegten Beobachtungspflicht wird außerdem erkennbar, dass das Gericht selbst nicht von einer umfassend gelungenen Ausgestaltung der Rechtslage ausgeht.

---

FamRZ 98, 329 (335) FfBn. 74; Schumann FamRZ 00, 389 (393 ff); dies. FuR 02, 59 (65 ff); Fink S. 167; Luthin FamRZ 01, 911 (912); Coester FamRZ 95, 1245 (1247 ff); ders. JZ 92, 809 (814); ders. in BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 79, 121; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17.

<sup>585</sup> BGH FamRZ 01, 907 (910); kritisch dazu Luthin FamRZ 01, 911 (912); Johannsen/Henrich/Jaeger § 1626 a Rdn. 10; Coester BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; Wolf FamRZ 02, 172 (173 ff); dazu wiederum Groß FamRZ 02, 176 (176 ff); vgl. auch Heumann FuR 03, 294 (298).

<sup>586</sup> BVerfG FamRZ 03, 285 (291 ff); ebenso Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 38, § 1666 Rdn. 86; Coester FamRZ 04, 87 (88); ders. FPR 05, 60 (63); ders. in BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; Wolf FamRZ 02, 172 (175); Schumann FuR 02, 59 (65 ff); OLG Karlsruhe FamRZ 05, 831 (832).

<sup>587</sup> Coester BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; BVerfG FamRZ 03, 285 (291); OLG Karlsruhe FamRZ 05, 831 (832).

<sup>588</sup> Wolf FamRZ 02, 172 (175); Luthin FamRZ 01, 911 (912); vgl. auch Finger FamRB 02, 336 (337); i.E. ebenso Schumann FuR 02, 59 (66).

Unabhängig von der Entscheidung selbst, bleibt es dem Gesetzgeber unbenommen, die tatsächlichen Prämissen oder die rechtspolitische Zweckmäßigkeit anders zu beurteilen<sup>589</sup>. In bewusster Abkehr von der geltenden Gesetzeslage erscheint es demzufolge geeigneter, die Entscheidung der Mutter, zumindest eingeschränkt, der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen<sup>590</sup>.

### ***aaa) Stärkung der Einzelfallgerechtigkeit und des Elternrechts aus Art. 6 II GG***

Dies würde zunächst dem Erfordernis der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung tragen. Die gesetzgeberische Ausgestaltung schließt vom Regelfall auf eine allgemeingültige und ohne die Mitwirkung der Mutter grundsätzlich unabänderbare Rechtslage für alle Fälle. Diese generalisierende Wertung und ausnahmslose Typisierung ist nicht haltbar. Der Spielraum für zulässige Typisierungen wird mit zunehmender Grundrechtsrelevanz stetig schmaler. Bei derart starken Eingriffen in das verfassungsrechtlich garantierte Elternrecht ist, zumindest aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, ein Korrektiv der Einzelfallprüfung zu fordern.

### ***bbb) Förderung der Mitverantwortung und der Beziehungsstruktur***

Eine derartige Ausgestaltung würde darüber hinaus das Verhältnis der Eltern untereinander und zum Kind in ihrer familiären und gesellschaftlichen Entwicklung fördern.

Jeder Elternteil ist im Ausgangspunkt gleich verantwortlich für das Kind (s.o. - aa). Dies muss letztlich dazu führen, dass jeder Elternteil, der sich dieser Verantwortung stellt, zumindest in Grundsatzentscheidungen ein Mitspracherecht erhalten sollte, soweit dem das Kindeswohl nicht entgegensteht<sup>591</sup>. Falls in Einzelentscheidungen der für das Kindeswohl nötige Konsens nicht erreicht werden kann, steht eine gerichtliche Entscheidung nach § 1628 BGB offen. Aus Praktikabilitätsgründen können und müssen Alltagsentscheidungen dagegen vom betreuenden Elternteil allein ausgeübt werden. Letztlich entspricht diese Ausgestaltung der Regelung des § 1687 BGB, wo die Ausübung gemeinsamer Sorge trotz Getrenntleben der Eltern in ein praktikables Verhältnis gebracht wurde<sup>592</sup>. Dieser zu befürwortende Ansatz ist daher zu stärken und den betroffenen Vätern ein erweiterter Zugang zum gemeinsamen Sorgerecht zu eröffnen.

Diese stärkere Beteiligung der Väter führt zugleich zu einer positiven Entwicklung auf das Vater-Kind-Verhältnis. Der oftmals beklagte Rückzug der Väter aus der Verantwortung und der damit verbundene Rückgang von deren Sorgebereitschaft, wird durch die Verdrängung aus der Verantwortung gerade gefördert. Eine Beteiligung und Einbindung in die Verantwortung kann sich dagegen positiv auf ihre Beziehung zum Kind auswirken.

Darüber hinaus ist die Vermeidung eines Machtgefälles zur Mutter oftmals konflikteindämmend, da ausgeglichene Machtverhältnisse zwischen den Eltern deren Kooperationsbereitschaft fördern. Aus diesem Grund ist auch im Interesse des Kindes die Stellung der betroffenen Väter anders zu gewichten<sup>593</sup>.

<sup>589</sup> Insb. zur Sorgerechtsgestaltung nach dem BVerfG-Urteil: Carl FPR 05, 165 (165). Coester FPR 05, 60 (61).

<sup>590</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 43; Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 39; ausführlich mit Für und Wieder hinsichtlich des gerichtlichen Verfahrens Fink S. 132 ff, 167 und insb. 147 ff; Humphrey FPR 03, 578 (585); Coester FPR 05, 60 (63); ders. FamRZ 95, 1245 (1247); ders. JZ 92, 809 (814); Lipp FamRZ 98, 65 (70); Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; Rauscher FamRZ 98, 329 (335) FbN. 74; Winn KindPrax 03, 67 (67); Richter FPR 04, 484 (484); Jonas JAmt 03, 332 (336); in diese Richtung auch Müller ZfJ 04, 8 (11); Wolf FamRZ 02, 172 (175); Schumann FuR 02, 59 (62, 67); eingeschränkter noch dies. FamRZ 00, 389 (393 f); Dethloff NJW 92, 2200 (2201); Greßmann Rdn. 185; ähnlich in England Children Act 1989, section (4), subsection (2), vgl. dazu Humphrey FPR 03, 579 (583); ähnlich bereits Kropholler AcP 185 (1985) 244 (276).

<sup>591</sup> Für derartige Mindestrechte und insb. für die Ausweitung von § 1686 BGB, Heumann FuR 03, 293 (295).

<sup>592</sup> Vgl. dazu Staudinger/Coester § 1687 Rdn. 2; BT-Drucks 13/4899 S. 58, 107.

<sup>593</sup> Vgl. Heumann FuR 03, 293 (295); mit Verweis auf die Proksch-Studie, s. Proksch S. 412 f.

Ferner kann allein eine bestehende Möglichkeit der Sorgeabänderung zu einem Umdenken einzelner Mütter und zu einer verstärkten Begründung einer gemeinsamen Sorge führen<sup>594</sup>.

#### **d) Erfordernis der Kooperationswilligkeit**

Aber auch soweit einem solchem Ansatz zugestimmt wird, muss die beschränkte Reichweite einer derartigen Ausgestaltung berücksichtigt werden, da eine gemeinsame Sorge stets ein gewisses Maß an Kooperationswilligkeit erfordert.

Soweit die Mutter in keiner Weise zur Mitwirkung an der gemeinsamen Sorge bereit ist und sich dieser vehement widersetzt oder dies auch nur zu befürchten ist, muss die gerichtliche Einräumung des gemeinsamen Sorgerechts oftmals unterbleiben.

#### **aa) Gesetzliche Lage zur Kooperationswilligkeit**

Ein Zwang zur Ausübung eines gemeinsamen Sorgerechts ist problematisch, da dies, um kindgerecht<sup>595</sup> funktionieren zu können, eine elterliche Kooperationswilligkeit und Kooperationsfähigkeit zwingend voraussetzt<sup>596</sup>.

Unbenommen dessen kennt das geltende Recht in der Konstellation des § 1672 I Nr. 2 BGB bereits ein gemeinsames Sorgerecht gegen den Willen eines Elternteils, wenn einem Antrag auf Übertragung der Alleinsorge aus Kindeswohlgesichtspunkten nicht entsprochen werden kann<sup>597</sup>. Diese Norm unterscheidet zutreffend zwischen Kooperationsverweigerung und Kooperationsunfähigkeit. Im Rahmen des § 1671 I Nr. 2 BGB prüfen die Gerichte daher, ob trotz expliziter Ablehnung der gemeinsamen Sorge objektiv noch eine Kooperationsfähigkeit vorliegt. Das Gericht kann dementsprechend das gemeinsame Sorgerecht aufrechterhalten, wenn trotz fehlender Kooperationswilligkeit eines Elternteils die gemeinsame Sorge dennoch dem Wohl des Kindes am besten entspricht<sup>598</sup>.

---

<sup>594</sup> Burmeister KJ 03, 328 (342).

<sup>595</sup> Vgl. zu sozialwissenschaftlichen Untersuchungen, die sich aber im Wesentlichen auf die gemeinsame Sorge nach Trennung oder Scheidung beziehen, insoweit BVerfG 03, 286 (286); BT-Drucks 13/4899 S. 63; Staudinger/Coester § 1671 Rdn. 112; je m.w.N.; Zens, Referat zum DJT, M 15 ff, 30 f; Proksch S. 1 ff; Furstenberg/Cherlin S. 112 ff; Wallerstein/Lewis/Blakeslee S. 228 ff; Maccoby/Mnookin FamRZ 95, 1 (11); Balloff/Walter FamRZ 90, 445 (445 ff); Buchholtz-Graf/Sgolik ZfJ 04, 81 (81 ff); Schwarz FPR 05, 98 (98 ff); Kostka FPR 05, 90 (90 ff); dies. FamRZ 04, 1924 (1924 ff); Balloff FPR 05, 210 (210 ff); Walper FPR 05, 86 (86 ff); Buchholtz-Graf/Sgolik ZfJ 04, 81 (81 ff); Gödde ZfJ 04, 201 (201 ff).

<sup>596</sup> Vgl. ebenso Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 37, § 1671 Rdn. 119 ff m.w.N.; MüKo/Finger § 1671 Rdn. 71; vgl. dazu Schlüter Rdn. 357; Witteborg S. 236 f; BGH FamRZ 99, 1646 (1647 f); OLG Hamm FamRZ 00, 565 (566); OLG Nürnberg FamRZ 01, 189 (189); OLG Jena FamRZ 01 436 (436); OLG München FamRZ 02, 189 (189); OLG Saarbrücken 02, 230 (230); OLG Dresden FamRZ 02, 973 (974); OLG Frankfurt FamRZ 01, 1636 (1636); dies einschränkend OLG Frankfurt FamRZ 02, 187 (187) und FamRZ 02, 1727 (1727); OLG Karlsruhe FamRZ 02, 1209 (1209); kritisch dazu Weil FamRZ 02, 188 (188); allgemein zu Kooperationsanforderungen Rauscher Rdn. 1001; ebenso BT-Drucks 13/4899 S. 58; BT-Drucks 13/8511 S. 65 f; kritisch insoweit Born FamRZ 00, 396 (397 ff); ders. 99, 478 (478); Bode 99, 1400 (1400 ff).

<sup>597</sup> Vgl. dazu Coester FPR 05, 60 (64); ders. RdJB 96, 430 (433); Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 39, § 1672 Rdn. 119 ff; Bode FamRZ 99, 1400 (1400 ff); Niepmann MDR 98, 565 (566); vgl. bspw. OLG Hamm FamRZ 04, 1668 (1668); BVerfG FamRZ 04, 354 (355); vgl. Palandt/Diederichsen § 1671 Rdn. 17, wonach die Verweigerung der Kooperation für die Verdrängung des anderen Elternteils aus der gemeinsamen Sorge nicht ausreicht; dazu m.w.N. Born FamRZ 00, 396 (397 ff); ders. 99, 478 (478); ebenso Motzer FamRZ 01, 1034 (1036); ders. FamRZ 99, 1101 (1103); dies kritisierend dt. Anwaltverein FamRZ 96, 1401 (1401).

<sup>598</sup> Vgl. dazu insb. Staudinger/Coester § 1671 Rdn. 108 ff, 119; Born FamRZ 00, 396 (397 ff); Kaiser FPR 03, 573 (573); Haase/Kloster-Harz FamRZ 00, 1003 (1003 ff); je m.w.N.; kritisch dazu Salgo FamRZ 96, 449 (451 f); hinsichtlich des früheren Streits, ob im Rahmen des § 1671 BGB ein Regel-Ausnahme-Verhältnis besteht und daher ein Vorrang der gemeinsamen Sorge anzunehmen ist: dies befürwortend bspw.: OLG Hamm FamRZ 99, 1957 (1957); 99, 38 (39); OLG Dresden FamRZ 00, 109 (110); Motzer FamRZ 99, 1101 (1103); dies ablehnend bspw.: OLG Dresden FamRZ 99, 1156 (1156); OLG Frankfurt FamRZ 99, 392 (392); Der BGH (FamRZ 99, 1646 (1647)) hat dies explizit abgelehnt und die Sorgeformen als gleichwertig anerkannt; zustimmend BVerfG FamRZ 04, 354 (355); BGH FamRZ 05, 1167 (1167 f); so auch BT-Drucks 13/4899 S. 63, 99; Oelkers MDR 00, 32 (32); Bode FamRZ 99, 1400 (1400 ff); ders. FamRZ 00, 478 (478); Willutzki KindPrax 00, 45 (46).

Es ist jedoch umstritten, inwieweit eine beiderseitige Kooperationsbereitschaft bestehen muss. Teilweise wird vertreten, dass es eine „zwangsverordnete Harmonie“ nicht geben kann, da sie stets auf das Kindesinteresse negativ wirken könnte<sup>599</sup>.

Richtigerweise ist dem nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Ein entgegenstehender Wille kann in machen Fällen überwunden werden, soweit ein tragfähiges Arrangement der Eltern umsetzbar erscheint<sup>600</sup>. Nicht jede Spannung oder Streitigkeit der Eltern schließt das gemeinsame Sorgerecht per se aus<sup>601</sup>. Soweit eine tragfähige soziale Beziehung besteht und ein Mindestmaß an Übereinstimmung vorliegt, ist eine gemeinsame Sorge möglich<sup>602</sup>.

Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Mutter, welche die Sorgeerklärung nach § 1626 a I Nr. 1 BGB verweigert, zu einem solchen Mindestmaß nicht in der Lage ist. Nicht kongruent ist das, was von der Mutter persönlich bevorzugt wird und das, was für sie möglich ist und gegebenenfalls dem Kindeswohl am besten entspricht<sup>603</sup>. Nicht gleichzusetzen ist daher die Weigerung der Sorgerechtsteilung mit einer Kooperationsunwilligkeit und diese auch nicht mit einer Kooperationsunfähigkeit.

Dies ergibt sich ferner aus den Erfahrungen mit der Kindschaftsrechtsreform<sup>604</sup>. Mittels der Reform des § 1671 BGB wurde die grundsätzliche Beibehaltung der gemeinsamen Sorge von Ehegatten nach Trennung eingeführt. Die Möglichkeit eines Elternteils, die alleinige Sorge zu erlangen, wurde damit eingeschränkt und auf diese Weise das Verhältnis der Sorgerechtsverteilung nahezu umgedreht. Obwohl vor der Reform für die Zusprechung der alleinigen Sorge vorherrschend angeführt wurde, dass nach der Trennung eine Kommunikation nicht mehr möglich sei, hat sich inzwischen die Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge als Leitmotiv positiv durchgesetzt<sup>605</sup>.

<sup>599</sup> In den unterschiedlichsten Schattierungen: BT-Drucks 13/4899 S. 63; BT-Drucks 13/8511 S. 66; BGH FamRZ 99, 1646 (1648); KG FamRZ 99, 1518 (1518); 00, 502 (503); 00 504 (504); OLG Celle 03, 1488 (1488 f); OLG Dresden FamRZ 99, 1156 (1156); OLG Düsseldorf FamRZ 99, 1157 (1158); OLG Hamm FamRZ 00, 1039 (1040 f); OLG Karlsruhe 00, 508 (509); OLG Nürnberg FamRZ 03, 163 (164); OLG Rostock FamRZ 99, 1599 (1599); OLG Zweibrücken FamRZ 01, 183 (183); OLG Bamberg FamRZ 03, 1403 (1403); VerfGH Berlin FamRZ 03, 1487 (1488); MüKo/Finger § 1671 Rdn. 73, 76; Balloff/Walter FamRZ 90, 445 (445); Luthin FamRZ 00, 1042 (1042); Oelkers MDR 00, 32 (33); Salgo FamRZ 96, 449 (451 f); Witteborg S. 236 ff; Weil FamRZ 02, 188 (188 ff); Wallerstein/Blakeslee S. 321 f; teilweise sogar soweit, dass die alleinige Ablehnung der gemeinsamen Sorge ausreiche, z.B. KG FamRZ 99, 808 (809); kritisch dazu Liermann FamRZ 99, 809 (809); OLG Dresden FamRZ 99, 324 (325), 00, 109 (110); Johannsen/Henrich/Jaeger § 1671 Rdn. 37; ähnlich dt. Anwaltverein FamRZ 96, 1401 (1401); ähnlich m.w.N. auch Schwenzer, Gutachten zum DJT, A. 78; kritisch auch Schwab FamRZ 98, 457 (462).

<sup>600</sup> In den unterschiedlichsten Schattierungen: BVerfG FPR 04, 393 (393 f); BGH FamRZ 05, 1167 (1167 f); OLG Bamberg FamRZ 99, 1005 (1005 f); OLG Dresden FamRZ 00, 501 (501); OLG Brandenburg FamRZ 02, 567 (567 f); 03, 1952 (1952 f); OLG Karlsruhe FamRZ 02, 1209 (1209 f); OLG Hamm FamRZ 99, 1157 (1158); 99, 1159 (1160 f); 02, 565 (565 f); OLG Köln FamRZ 03, 1036 (1036); 03, 1492 (1492 f); OLG Naumburg FamRZ 02, 564 (564 f); OLG Zweibrücken 00, 506 (507); AG Bad Schwalbach FamRZ 99, 1158 (1159); AG Lahr FamRZ 03, 1861 (1861); Palandt/Diederichsen § 1671 Rdn. 17; Bode FamRZ 99, 1400 (1400 ff); ders. FamRZ 00, 478 (478 ff); Kaiser FPR 03, 573 (576 ff); Motzer FamRZ 06, 73 (73 f); ders. 01, 1034 (1036); Fink S. 63 ff; Haase/Kloster-Harz FamRZ 00, 1003 (1105); teilweise sogar soweit, dass eine Pflicht der Eltern zur Kooperation bestehe, OLG Naumburg FamRZ 02, 564 (565); OLG Köln FamRZ 00, 499 (499); OLG München FamRZ 99, 1006 (1006); OLG Zweibrücken FamRZ 99, 40 (41), Motzer FamRZ 99, 1101 (1103); dagegen Oelkers MDR 00, 32 (32); eingeschränkt auf eine begrenzte Kontrolle der Kooperationswilligkeit bei fehlender Nachvollziehbarkeit oder Willkür OLG Bamberg FamRZ 95, 1509 (1509); OLG Dresden FamRZ 99, 1156 (1156); 00, 109 (110).

<sup>601</sup> BGH FamRZ 99, 1646 (1648); OLG Hamm FamRZ 05, 1668 (1668); vgl. MüKo/Finger § 1671 Rdn. 75; Kaiser FPR 03, 573 (574, 576 f); Jaeger FPR 05, 70 (72); Motzer FamRZ 06, 73 (73).

<sup>602</sup> Auf diese zwei Kriterien beruft sich wiederholt das BVerfG; z. B. FamRZ 04, 1015 (1016); 04, 354 (355); 03, 285 (287); FPR 04, 393 (393); vgl. auch BGH FamRZ 05, 1167 (1167 f).

<sup>603</sup> I.E. ebenso OLG Karlsruhe FamRZ 87, 89 (89); ähnlich Fink S. 135.

<sup>604</sup> Kindschaftsrechtsreform von 1998, dazu BT-Drucks 13/4899, hier insb. S. 1, 31, 46, 60 ff, 98 ff.

<sup>605</sup> Machulla ZFE 03, 105 (111); vgl. zur Ausgestaltung als Leitmotiv oben FbN. 598, wonach der frühere Streit dahingehend entschieden ist, dass weder ein gesetzlicher Vor- noch Nachrang der gemeinsamen Sorge besteht.

Darüber hinaus sind die Bedenken der gegenseitigen Blockade durch § 1687 I (2) BGB gemildert<sup>606</sup>. In Angelegenheiten des täglichen Lebens besteht demnach eine Alleinentscheidungsbefugnis des betreuenden Elternteils, wodurch eine Konsensfähigkeit insoweit entbehrlich wird. Das Ziel dieser Norm ist, die Akzeptanz der gemeinsamen Sorge bei betreuenden Müttern zu fördern, indem verhindert wird, dass der getrennt lebende Vater in die Alltagssorge ständig hineinreden kann<sup>607</sup>. In Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung können dagegen Meinungsverschiedenheiten gemeinsam sorgeberechtigter Eltern gemäß § 1628 BGB über eine gerichtliche Entscheidung gelöst werden.

Das entscheidende Kriterium ist aus diesem Grund die Auswirkung der mangelnden Einigungsfähigkeit der Eltern auf das Wohl des Kindes<sup>608</sup>. Dieses ist und bleibt im Rahmen der Sorgerechtsverteilung primärer Entscheidungsmaßstab<sup>609</sup>.

Aber auch insoweit bleibt zu bedenken, dass die Kooperationsfähigkeit nicht die alleinige Determinante des Kindeswohls ist<sup>610</sup>. Bei der Bestimmung des Kindeswohls sind insbesondere die Kontinuität der Sorge, die Bindungen des Kindes zu seinen Eltern, der Wille des Kindes sowie die Eignung und die Bereitschaft zur Sorgeausübung mit zu berücksichtigen. Dabei kommt keinem dieser Kriterien ein Vorrang zu, sodass sie gegeneinander abzuwägen sind<sup>611</sup>. Folglich kann auch die mangelnde Einigkeit im Einzelfall überwunden werden

## **bb) Kooperationswilligkeit im Rahmen der Reformbestrebung**

Dieser Ansatz zur Kooperationswilligkeit bei der gemeinsamen Sorge kann daher auf die Reformbestrebungen zu § 1626 a II BGB übertragen werden<sup>612</sup>.

Als entscheidendes Kriterium ist wiederum das Kindeswohl anzusehen. Letztlich sollte dies bestimmen, ob ein gemeinsames Sorgerecht nichtverheirateter Eltern gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Allerdings besteht ein Unterschied zwischen der Aufrechterhaltung einer bisher bereits bestehenden gemeinsamen Sorge und deren Erstbegründung<sup>613</sup>. Eine abweichende

---

<sup>606</sup> Vgl. dazu Fink S. 162 f, 169, der dies explizit für die gemeinsame Sorge nichtehelicher Eltern mittels Gerichtsentscheidung bespricht, so auch Motzer FamRZ 99, 1101 (1104); Willutzki KindPrax 00, 45 (47); zu § 1687 BGB allgemein: Staudinger/Coester § 1687 Rdn. 2; BT-Drucks 13/4899 S. 58, 107.

<sup>607</sup> Willutzki KindPrax 00, 45 (47).

<sup>608</sup> BGH FamRZ 99, 1646 (1648); OLG Hamm FamRZ 05, 1668 (1668); Born FamRZ 00, 396 (399); Staudinger/Coester § 1671 Rdn. 131; Jaeger FPR 05, 70 (72).

<sup>609</sup> Vgl. ebenso Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 37, § 1671 Rdn. 115, 157, 163 m.w.N.; Coester FPR 05, 60 (60); ders. in BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; vgl. auch Rauscher Rdn. 996; sowie m.w.N. BVerfG FamRZ 04, 354 (355); Humphrey FPR 03, 579 (580), Born FamRZ 00, 396 (399).

<sup>610</sup> Humphrey FPR 03, 579 (584); Staudinger/Coester § 1666 Rdn. 68 ff, § 1672 Rdn. 178 ff; Fink S. 65.

<sup>611</sup> Humphrey FPR 03, 579 (584); BGH FamRZ 85, 169 (170).

<sup>612</sup> Coester FPR 05, 60 (64); Schumann FuR 02, 59 (63); Fink S. 63 ff; Machulla ZFE 03, 105 (110); so bereits Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 39, wonach die Übertragung des Ansatzes des § 1671 I Nr. 2 BGB insb. damit begründet wird, dass zwischen den nichtverheirateten Eltern oftmals bereits faktisch eine Sorgegemeinschaft bestanden hat. § 1672 I Nr. 2 BGB trifft eine Regelung für den Fall, dass ein Elternteil zugunsten seiner Alleinsorge die gemeinsame Sorge aufheben will. Entsprechendes gilt zumindest in den Fällen, in denen rein faktisch gemeinsam für das Kind gesorgt wurde. Eine entsprechende Kontrolle auf ihre sachliche Rechtfertigung ist daher geboten, wenn die Mutter sich auf ihre Alleinsorge beruft. Die bloße Verweigerung der Mutter ist daher zumindest insoweit nicht ausreichend, als zuvor eine faktische Erziehungsgemeinschaft bestanden hat. Soweit eine Kooperationsfähigkeit besteht und die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl am besten entspricht, kann daher die Kooperationsunwilligkeit überwunden werden, soweit nicht dadurch die Kooperationsfähigkeit aufgehoben wird. Dieser Ansatz wird aber bereits an dieser Stelle nicht auf die Fälle der vorherigen faktischen Sorgegemeinschaft beschränkt, sondern schließt sich obiger Forderung auf gemeinsamer Sorge bei Kindeswohlbedienlichkeit an; ähnlich Wolf FamRZ 02, 172 (175); im Ansatz ebenso Finger FamRZ 00, 1204 (1206); - a.A. noch Coester in DEuFamR 99, 3 (7), dies daher inzwischen aufgegeben.

Kindeswohlschwelle ist jedoch nicht erforderlich, da die Unterschiedlichkeit ausreichend in der sachlichen Prüfung der Kindeswohldienlichkeit integrierbar ist<sup>614</sup>. Somit sollte auch im Bereich des § 1626 a BGB eine gemeinsame Sorge gerichtlich angeordnet werden können, wenn die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl am besten entspricht.

Eine weitere Rechtfertigung dieser Ausgestaltung ergibt sich aus einem Vergleich mit der Übergangsregel für Altfälle<sup>615</sup>. Gemäß der gesetzlichen Ausgestaltung des Art. 224 § 2 III EGBGB kann eine verweigerte Sorgeerklärung eines Elternteils<sup>616</sup> ersetzt und demzufolge, unter Berücksichtigung des Kindeswohls, ein gemeinsames Sorgerecht gerichtlich angeordnet werden. Dementsprechend geht der Gesetzgeber selbst (erneut) davon aus, dass gegen den Willen eines Elternteils ein gemeinsames Sorgerecht entstehen kann. Voraussetzung dafür ist gemäß Art. 224 § 2 III EGBGB, dass im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung dies dem Wohl des Kindes dient und daher eine Kooperationswilligkeit und Kooperationsfähigkeit besteht<sup>617</sup>.

Soweit jedoch, mangels eines Mindestmaß an Übereinstimmung, nachhaltig diese Kooperationskriterien nicht erfüllt werden, kann die gemeinsame Sorge nicht als mit dem Kindeswohl vereinbar angesehen werden<sup>618</sup>.

Sollte dies allerdings allein an der Mitwirkungsbereitschaft der Mutter scheitern, kann über einen Alleinsorgerechtswechsel auf den Vater nachgedacht werden. Nach geltendem Recht richtet sich dies nach § 1672 BGB und ist nur eingeschränkt möglich. Inwieweit dies mit dem Elternrecht des Vaters aus Art. 6 II GG vereinbar ist, erscheint bedenklich und bedarf im weiteren Verlauf der Arbeit noch einer näheren Untersuchung (dazu sogleich unter **E.II.2**).

### **e) Alternative Lösungsvorschläge**

Letztendlich ist daher, aufgrund der nicht zufriedenstellenden gesetzlichen Lage von § 1626 a II BGB, über alternative Lösungsvorschläge nachzudenken<sup>619</sup>. Eine entsprechende Auslegung scheidet allerdings aus, da einem solchen Vorgehen der eindeutige gesetzgeberische Wille und der klare Gesetzeswortlaut entgegenstehen. Folglich ist insoweit eine gesetzgeberische Reform vonnöten. Anregungen sind aus anderen Rechtsordnungen zu gewinnen, in denen die unterschiedlichsten Sorgeregelungen vertreten werden<sup>620</sup>.

---

<sup>613</sup> So wohl zu verstehen BVerfG FamRZ 03, 285 (290); dazu Coester FPR 05, 60 (64).

<sup>614</sup> Coester FPR 05, 60 (64).

<sup>615</sup> Für sogenannte „Altfälle“ wurde § 1626 a BGB als verfassungswidrig angesehen, da bei einer Trennung der nichtehelichen Eltern vor dem In-Kraft-Treten der Kindschaftsreform ihnen verwehrt war, während ihres Zusammenlebens übereinstimmend Sorgeerklärungen abzugeben und nach dieser Trennung eine Zustimmung der Mutter oftmals nicht mehr erwartet werden kann; BVerfG FamRZ 03, 285 (291); Höfelmann FamRZ 04, 65 (68 ff); Richter FPR 04, 484 (487); Becker FamRB 04, 402 (402 ff); Eckebrecht FPR 05, 205 (206); zu den Voraussetzungen vgl. m.w.N. AnwK/Rakete-Dombek § 1626 a Rdn. 28 ff.

<sup>616</sup> Dabei erfolgt keine Beschränkung auf die Zustimmungsersetzung *der Mutter*, Höfelmann FamRZ 04, 65 (69).

<sup>617</sup> OLG Stuttgart FamRZ 04, 1397 (1398 f); OLG Karlsruhe FamRZ 05, 831 (831 f); AG Frankfurt FamRZ 05, 387 (387).

<sup>618</sup> Zu derartigen Konstellationen vgl. auch die Nachweise in den FbN. unter **E.II.1d.aa**.

<sup>619</sup> So auch insb. Coester FPR 05, 60 (62 ff), Carl FPR 05, 165 (165 ff), welche die verschiedenen Ansätze diskutieren und die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen beleuchten.

<sup>620</sup> Vgl. m.w.N. Frank FamRZ 04, 841 (846); Humphrey FPR 03, 579 (580 ff).



Als Ausgangspunkt sind - im Rahmen des geltenden Systems<sup>621</sup> - fünf unterschiedliche Ansätze zu betrachten:

- gemeinsames Sorgerecht per se (**aa**);
- gemeinsames Sorgerecht bei freiwilliger Verantwortungsübernahme (**bb**);
- Sorgerecht nach Entscheidung des Gerichts (**cc**);
- gemeinsames Sorgerecht bei bestehender familiärer Lebensgemeinschaft (**dd**);
- gerichtliche Kontrolle über die grundsätzliche Alleinsorge der Mutter (**ee**);

### **aa) Gemeinsames Sorgerecht per se**

Teilweise wird ein gemeinsames Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern kraft gesetzlicher Zuweisung, ab dem Zeitpunkt der Geburt, befürwortet<sup>622</sup>.

Begründet wird dies mittels Vergleich mit dem gemeinsamen Sorgerecht bei Eheleuten. Auch diese sind bei einem Streit oftmals nicht konsensfähig und bedürfen bisweilen einer gerichtlichen Entscheidung ihrer Meinungsverschiedenheiten (§ 1628 BGB). Da die Situation der nichtverheirateten Eltern daher vergleichbar ist, sollten diese nicht unterschiedlich behandelt und somit ein gemeinsames Sorgerecht gewährt werden. Soweit die tatsächlichen Verhältnisse dem nicht entsprechen oder die nichtverheiratete Mutter abweichend davon ein alleiniges Sorgerecht wünscht, könnte sie einen derartigen Antrag - nach § 1671 BGB oder nach einer neuen Norm mit abgeänderten, erleichterten Voraussetzungen<sup>623</sup> - stellen. Da dieser regelmäßig Erfolg haben wird und bereits vorgeburtlich entschieden werden könnte, sei der Schutz der Mutter und des Kindeswohls ausreichend realisierbar.

Dieser Ansatz ist abzulehnen. Insbesondere wird verkannt, dass die Ausgangssituation regelmäßig verschieden ist. Während die gemeinsame Sorge bei Eheleuten die (fortdauernde) Regel ist, könnte sich dies bei nichtverheirateten Eltern, trotz einer derartigen gesetzlichen Ausgestaltung, als die Ausnahme erweisen. Nicht miteinander verheiratete Eltern leben in einer Vielzahl von Beziehungsformen zusammen. Oftmals besteht oder bestand auch gar keine oder nur eine kurzfristige Bindung zwischen ihnen. Ein übereinstimmender Wille zur gemeinsamen Sorgerechtsausübung liegt nicht in allen Konstellationen vor. Das Kindeswohl

---

<sup>621</sup> Einen anderen, ergänzenden Ansatzpunkt stellt Coester FPR 05, 60 (63) noch zur Diskussion, indem er, wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und einer positiven Signalwirkung, eine Ebene tiefer ansetzen will. Die *Inhaberschaft* des Sorgerechts soll danach grundsätzlich beiden Eltern zustehen und die nötige Beschränkung im Rahmen der *Ausübungsbefugnis* erfolgen. Letztlich durchbricht dieser Vorschlag grundlegend das dt. Sorgerechtssystem und bringt keine nennenswerten Vorteile. Dies erkennt Coester selbst und weist auf die Gefahr des Etikettenschwindels hin. Eine positive Signalwirkung kann dagegen ausreichend mit obigem Reformvorschlag durchgesetzt werden; vgl. auch den ähnlichen Ansatz von Müller ZfJ 04, 7 (10) dazu FfN. 569.

<sup>622</sup> Finger ZfJ 00, 183 (185, 188); ders. StAZ 03, 225 (229); eingeschränkter ders. in FamRZ 00, 1204 (1207) wo er dies nur für zusammenlebende Eltern fordert; bejahend: Roos DAVorm 00, 530 (541); Jopt ZfJ 96, 203 (206); Dickmeis ZfJ 98, 41 (48) FfN. 48, (50 f); Rummel ZfJ 97, 202 (213); Richter FPR 04, 484 (487); MüKo/Finger § 1672 Rdn. 13; entgegen MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 38; i.E. ebenso Boemke FuR 91, 181 (188 f); ähnlich Müller ZfJ 04, 7 (10), vgl. auch Coester FPR 05, 60 (62 f), der den Ansatz diskutiert und als Option de lege ferenda einstuft, aber die uneingeschränkte Zuweisung wegen der Gefahr fehlender Kooperation als möglichen Verstoß gegen die Kinderrechte ansieht; dagegen wiederum Carl FPR 05, 165 (165); ähnlich die Regelung in Belgien, Art. 372 I C.C. und Frankreich Art. 372 C.C., vgl. dazu Humphrey FPR 03, 579 (582 f); eingeschränkt auf Teilbereiche der Sorge, insb. ohne das Aufenthaltsbestimmungsrecht, Heumann FuR 03, 293 (295).

<sup>623</sup> So Finger ZfJ 00, 183 (185), ders. StAZ 03, 225 (229); wonach die Alleinsorge auf die nichteheliche Mutter zu übertragen ist, wenn sie mit dem Vater zu keiner Zeit zusammengelebt hat, bisher mit der Betreuung und Versorgung des Kindes alleingeblichen ist, der Vater dem Kind fern steht und sich um nichts kümmert, sodass seine Beteiligung an der elterlichen Sorge auch für die Zukunft nicht erwartet werden kann. Darüber hinaus solle der Vater von vornherein zu einer Alleinsorge der Mutter sein Einverständnis erklären können und somit, bei Interesse der Mutter, auf seine Sorgebeteiligung „verzichten“ können; anders wohl ders. in FamRZ 00, 1204 (1207) wonach ein gemeinsames Sorgerecht nur bei zusammenlebenden Eltern vorgebracht wird; ähnlich bspw. die Regelungen Estland (§ 49 Familiengesetz); in Russland (Art. 61 Nr. 1 Familiengesetzbuch); in Tschechien (§ 34 Familiengesetz); in Ungarn (§ 72 I Gesetz über Ehe, Familie und Vormundschaft).

erfordert jedoch den Willen und die Fähigkeit der Eltern, zum Wohl des Kindes zusammenzuarbeiten<sup>624</sup>. Eine derartige gesetzliche Ausgestaltung würde dazu führen, dass die gesetzliche Ausgangslage in einer Vielzahl von Fällen, oftmals bereits im Zeitraum der Geburt, korrigiert werden müsste. Da Sorgerechtsstreitigkeiten regelmäßig negative Auswirkungen auf das Kind bedeuten, ist eine gesetzliche Förderung eines derartigen Konfliktfeldes zwingend zu vermeiden.

Mangels des nötigen Konsenses ist daher die generelle Zuweisung des gemeinsamen Sorgerechts nicht zu befürworten<sup>625</sup>.

## **bb) Gemeinsames Sorgerecht bei freiwilliger Verantwortungsübernahme**

In einem weiteren Ansatz wird erwogen, die Entstehung der gemeinsamen Sorge davon abhängig zu machen, ob es auf Seiten des Vaters zu einer freiwilligen Verantwortungsübernahme kommt.

Die konkrete Ausgestaltung wird dabei in unterschiedlichen Varianten diskutiert.

Eine Alternative ist, das gemeinsame Sorgerecht nur denjenigen Vätern zuzusprechen, welche mit Zustimmung der Mutter freiwillig eine Vaterschaftsanerkennung abgaben oder selbst auf Feststellung der Vaterschaft klagten<sup>626</sup>.

Dem ist nicht zu folgen. Von einem freiwilligen Vaterschaftsbekenntnis kann nicht auf eine Übernahmebereitschaft der elterlichen Verantwortung geschlossen werden<sup>627</sup>. Über diesen Weg eine Kooperationsfähigkeit und Kooperationswilligkeit zu indizieren, widerspricht der Realität. Vielfach werden diese freiwilligen Bekenntnisse nur abgegeben, da die Vaterschaft unstrittig ist und ansonsten ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren zum selben Ergebnis kommen würde. Darüber hinaus ist damit eine persönliche Zuwendung zu dem Kind nicht zwingend gewährleistet, da nach statistischen Angaben mehr als die Hälfte der anerkennenden Väter sich in der Folgezeit nicht näher um ihr Kind bemühen<sup>628</sup>.

Aus den selben Gründen muss ein insoweit ergänzender Ansatz abgelehnt werden. Nach diesem Modell würde ein gemeinsames Sorgerecht, neben der Anerkennung des Kindes, eine freiwillige Anerkennung des Kindesunterhalts fordern<sup>629</sup>.

Darin kann allerdings eine Bereitschaft zur Übernahme von Verantwortung nicht zwingend gesehen werden. Die Kindesunterhaltszahlung ist gesetzliche Pflicht und keine freiwillige Leistung des Vaters. Eine tatsächliche Verantwortungsbereitschaft liegt folglich nicht in jedem Fall vor und eine Konsensfähigkeit der Eltern kann nicht gewährleistet werden.

Als weitere Alternative wurde vorgetragen, die Entstehung der gemeinsamen Sorge von einer öffentlichen Sorgeerklärung des Vaters abhängig zu machen<sup>630</sup>. Damit könnte erreicht werden, dass nur Väter, welche die gemeinsame Sorge wünschen, diese auch erlangen.

---

<sup>624</sup> Lipp FamRZ 98, 65 (69, 72); Coester FPR 05, 60 (62); so auch BT-Drucks 13/4899 S. 58; BVerfG FamRZ 95, 789 (792); BVerfG FamRZ 03, 285 (287, 289).

<sup>625</sup> Ausführlich Fink S. 93 ff, insb. S. 130 f; ebenso: MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 38; Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 9; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; BGH FamRZ 01, 907 (909); so auch BT-Drucks 13/4899 S. 58; Lipp FamRZ 98, 65 (69, 72); Dethloff NJW 92, 2200 (2200 f); Baer DAVorm 96, 855 (858 f); Seibert FamRZ 95, 1457 (1461); Witteborg S. 234; Büdenbender AcP 197 (1997) 197 (220); Schlüter FuR 94, 341 (344); Schumann FamRZ 00, 389 (393); Greßmann Rdn. 181; Burmeister KJ 03, 328 (332); Coester FamRZ 95, 1245 (1247); ders. FPR 05, 60 (62 f), wobei dieser das gemeinsame Sorgerecht aber dennoch als *de lege ferenda* ansieht und insoweit zumindest eine ausgleichende gesetzgeberische Ausgestaltung fordert.

<sup>626</sup> Blech S. 189 f; dies ansprechend, aber ablehnend Coester FPR 05, 60 (62).

<sup>627</sup> Coester FPR 05, 60 (62); i.E. ebenso BVerfG FamRZ 03, 816 (822).

<sup>628</sup> Dazu BVerfG FamRZ 03, 816 (822) m.w.N.; ablehnend ebenso BVerfG FamRZ 03, 285 (288) mit dem Argument, dass im Zeitpunkt der Geburt oftmals eine Anerkennung noch nicht abgegeben werde und für diese Fälle es einer Regelung entsprechend § 1626 a II BGB bedürfe.

<sup>629</sup> So Carl FPR 05, 165 (166).

Dem ist nicht zu folgen. Zumindest ohne eine Beschränkung auf eine gerichtliche Kontrolle oder Mitwirkung der Mutter bestehen Bedenken, da ansonsten nicht sichergestellt werden kann, ob die nötige Konsensfähigkeit der Eltern besteht. Soweit dergestalt aber eine Beschränkung verlangt wird, ist man wiederum bei der vorliegend diskutierten Problematik, ohne der Lösung insoweit näher gekommen zu sein.

### **cc) Sorgerecht nach Entscheidung des Gerichts**

Ferner ist der Ansatz, allein oder in Kombination mit letztgenanntem Modell, einer Sorgerechtsverteilung nach Entscheidung des Gerichts abzulehnen.

Dies würde dazu führen, dass nach jeder nichtehelichen Geburt, soweit nicht eine einverständliche Sorgeerklärung abgegeben wird<sup>631</sup>, eine Gerichtsentscheidung nötig wäre und eine klare Zuordnung im Zeitpunkt der Geburt oftmals noch ausstehen würde. Neben der Überlastung der Gerichte ist dies auch deswegen abzulehnen, da das Kindeswohl ab dem Zeitpunkt der Geburt eine eindeutige rechtliche Zuordnung fordert<sup>632</sup>.

### **dd) Gemeinsames Sorgerecht bei bestehender familiärer Lebensgemeinschaft**

Weiter wird vorgeschlagen, ein gemeinsames Sorgerecht vom Bestehen einer familiären Lebensgemeinschaft der nichtverheirateten Eltern abhängig zu machen<sup>633</sup>. Damit soll den tatsächlichen Lebensverhältnissen entsprochen und die faktische Sorgegemeinschaft rechtlich verfestigt werden.

Dem ist nicht zuzustimmen, da der tatsächliche Anknüpfungspunkt unscharf ist, eine Zukunftsprognose erforderlich macht sowie Tatsachenfeststellungs- und Rechtsanwendungsprobleme nach sich ziehen würde<sup>634</sup>. Allein auf das Zusammenleben, ohne einen entsprechenden ausdrücklichen Willen der Eltern, lässt sich eine gemeinsame Sorge nicht stützen. Darüber hinaus löst ein derartiger Ansatz (allein) die Problematik des mütterlichen Vetorechts nicht, da die Mutter die familiäre Gemeinschaft ablehnen und somit durch ihr eigenes Verhalten die gemeinsame Sorge verhindern kann<sup>635</sup>. Eine derartige Machtposition muss sich folglich derselben Kritik wie die geltende Gesetzeslage aussetzen.

---

<sup>630</sup> So Richter FPR 04, 484 (487), mit einer Vielzahl differenzierter Vorschläge dazu, wie einer Kombination mit einer Kindeswohlkontrolle oder einer Ablehnungsmöglichkeit durch die Mutter.

<sup>631</sup> Eine gerichtliche Entscheidung nach dem Kriterium des Kindeswohls ist, jedenfalls in den Fällen der Abgabe von Sorgeerklärungen, vom Gesetzgeber bewusst abgelehnt worden, da anderenfalls nichtverheiratete Eltern, trotz deren Willen zu gemeinsamer Verantwortung, gegenüber ehelichen Eltern ein Misstrauen entgegengebracht würde, BT-Drucks 13/4899 S. 58 f.

<sup>632</sup> Fink S. 130 f; Büdenbender AcP 197, (1997) 197 (215); Dethloff NJW 92, 2200 (2200 f); BGH FamRZ 01, 907 (909).

<sup>633</sup> Finger FamRZ 00, 1204 (1207); ders. ZfJ 97, 301 (303); Spangenberg/Spangenberg ZfJ 03, 332 (333); ähnlich Müller ZfJ 04, 8 (10); ähnlich auch die Übergangsregelung für Altfälle gemäß Art. 224 § 2 III EGBGB sowie die Regelung in Italien Art. 317 bis Abs. 2 C.C. und Spanien Art. 156 I C.C., vgl. dazu jeweils Humphrey FPR 03, 579 (582), der abgeleitet davon erwägt, die gemeinsame Sorge alternativ auf die gemeinsame Sorge oder das Zusammenleben zu stützen; ähnlich Henrich FamRZ 03, 358 (359), mit dem zusätzlichen Gedanken, ggfs. dies auf die Dauer des Zusammenlebens zu beschränken. Dieser Vorschlag der Auflösung eines gemeinsamen Sorgerechts bei Trennung gerät aber mit § 1671 BGB in Konflikt, da die Norm, unabhängig des Status der Eltern, für die Fälle gemeinsamer Sorge anwendbar ist. Insb. ist aber nach BVerfG FamRZ 82, 1179 (1179 ff) bei fortbestehender Einigkeit gegen den Willen der Eltern die gemeinsame Sorge nicht einschränkbar.

<sup>634</sup> Carl FPR 05, 165 (166); Coester DEuFamR 99, 3 (7); ders. FPR 05, 60 (62); so insb. auch BVerfG FamRZ 03, 285 (288); BGH FamRZ 01, 907 (909); Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 9; Schwenger FamRZ 92, 121 (125); - a.A. Müller ZfJ 04, 8 (10), mit dem Vorschlag bis zur rechtlichen Klärung der Mutter die Alleinsorge zuzusprechen. Mit diesem Ansatz wird der Vorschlag aber selbst widerlegt und seiner eigentlichen Idee beraubt.

<sup>635</sup> Carl FPR 05, 165 (166); - a.A. ohne nähere Begründung Müller ZfJ 04, 8 (10).

### ee) Gerichtliche Kontrolle über die grundsätzliche Alleinsorge der Mutter

Richtigerweise muss die Primärzuordnung zur Mutter erhalten bleiben (s.o. **E.II.1.c.aa.aaa**), aber als Korrektiv die Entscheidung der Mutter, hinsichtlich der Verweigerung einer gemeinsamen Sorge, gerichtlich überprüfbar sein<sup>636</sup>.

Dies rechtfertigt sich aus dem Erfordernis der Einzelfallgerechtigkeit und aus den berechtigten Interessen des Vaters und des Kindes (s.o.), welche nur auf diesem Weg ausreichende Berücksichtigung finden.

Soweit der Vater sich sein Sorgerecht vor Gericht erstreiten muss, kann dies und die damit verbundene Verfahrensdauer allerdings nachteilig auf die Entwicklung der Vater-Kind-Beziehung wirken. Die Notwendigkeit einer gerichtlichen Auseinandersetzung<sup>637</sup> und die Gefahr eines Zeitverlusts<sup>638</sup> müssen aber als hinnehmbarer Nachteil geduldet werden<sup>639</sup>.

Die Entscheidung muss letztlich auf das Kindeswohl abstellen, da dies das relevante Kriterium ist und nur damit Eingriffe in das Elternrecht gerechtfertigt werden können<sup>640</sup>.

#### aaa) Festlegung des Abänderungsmaßstabs

Unter den Vertretern dieser Ansicht ist jedoch wiederum umstritten, unter welchen Voraussetzungen die Entscheidung der Mutter korrigiert werden kann. Insbesondere besteht Uneinigkeit darin, welcher Abänderungsmaßstab an die Kindeswohldienlichkeit zu stellen ist.

##### aaaa) Maßstab von triftigen nachhaltigen Gründen des Kindeswohls

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass die Zustimmung der Mutter erst ersetzt werden soll, wenn dies aus *triftigen nachhaltigen Gründen des Kindeswohls* angezeigt ist<sup>641</sup>. Begründet wird dies mit der Vermeidung von unnötigen Störungen des Mutter-Kind-Verhältnisses und der drohenden Gefahr, dass die Mutter aus Angst vor Einmischungen den Vater schon an der Erlangung der Vaterstellung hindern könnte.

Dem ist nicht zuzustimmen. Richtigerweise hat das Kind einen Anspruch auf Verteilung der elterlichen Sorge nach dem Maßstab, der dem Kindeswohl entspricht<sup>642</sup>. Ferner werden auch nur so den Elternrechten des Vaters aus Art. 6 II GG ausreichend Rechnung getragen<sup>643</sup>.

---

<sup>636</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 43; Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 39; ausführlich mit Für und Wider des gerichtlichen Verfahrens Fink S. 132 ff, 167 und insb. 147 ff; Humphrey FPR 03, 578 (585); Coester FPR 05, 60 (63); ders. FamRZ 95, 1245 (1247); ders. JZ 92, 809 (814); Lipp FamRZ 98, 65 (70); Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; Rauscher FamRZ 98, 329 (335) FbN. 74; Winn KindPrax 03, 67 (67); Richter FPR 04, 484 (484); Machulla ZFE 03, 105 (109 ff); Jonas JAmt 03, 332 (336); in diese Richtung auch Müller ZfJ 04, 8 (11); Wolf FamRZ 02, 172 (175); Schumann FuR 02, 59 (62, 67); eingeschränkter noch dies. FamRZ 00, 389 (393 f); Dethloff NJW 92, 2200 (2201); Greßmann Rdn. 185; ähnlich in England Children Act 1989, section (4), subsection (2), vgl. dazu Humphrey FPR 03, 579 (583); ähnlich bereits Kropholler AcP 185 (1985) 244 (276).

<sup>637</sup> A.A. insoweit Finger FamRB 02, 336 (339) FbN. 28; ders. ZfJ 00, 183 (185); der auch deswegen für ein gemeinsames Sorgerecht plädiert. Insb. verweist er darauf, dass mit einer gerichtlichen Auseinandersetzung die Konsensbereitschaft oftmals grundlegend gestört wird.

<sup>638</sup> A.A. insoweit Carl FPR 05, 165 (165), der auch deswegen für ein gemeinsames Sorgerecht plädiert.

<sup>639</sup> Winn KindPrax 03, 67 (67), wonach die Belastungen § 1671 BGB entsprechen und tragbar sind.

<sup>640</sup> Vgl. ebenso Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 37, § 1671 Rdn. 163 m.w.N.; Coester FPR 05, 60 (60); ders. in BGH LM § 1626 a Nr. 1, Bl. 1483; vgl. auch Rauscher Rdn. 996; sowie m.w.N. BVerfG FamRZ 04, 354 (355); Greßmann Rdn. 181; Humphrey FPR 03, 579 (580).

<sup>641</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 43; ähnlich Coester JZ 92, 809 (814); ähnlich, aber in Bezug auf § 1672 I BGB Coester in FamRZ 95, 1245 (1248); ders. DEuFamR 99, 3 (7 f); mittlerweile in Bezug auf § 1626 a BGB anders Coester in FPR 05, 60 (64).

<sup>642</sup> Coester FPR 05, 60 (64); Schumann FamRZ 00, 398 (395); anders noch Coester JZ 92, 809 (814); ebenso Richter FPR 04, 484 (484 f); Greßmann Rdn. 185; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 39, § 1672 Rdn. 10; BVerfG FamRZ 91, 913 (916, 917); vgl. dazu auch in Bezug auf § 1672 I BGB: Coester FamRZ 04, 87 (87 f); ders. FamRZ 95, 1245 (1248).

<sup>643</sup> Dazu Coester FPR 05, 60 (60 f, 63 f),

#### *bbbb) Maßstab der Kindeswohldienlichkeit*

Eine andere Ansicht befürwortet, dass die Übertragung dem *Wohl des Kindes dienen* muss<sup>644</sup>. Unabhängig davon, ob sich dahinter, im Vergleich zum nachfolgenden Ansatz (**cccc**), unterschiedliche materielle Anforderungen verbergen<sup>645</sup>, ist dem nicht zu folgen. In Angleichung an § 1671 II Nr. 2 BGB ist eine einheitliche Terminologie zu befürworten und der Eindruck zu vermeiden, dass mit dem Erfordernis der Kindeswohldienlichkeit ein geringerer Maßstab gefordert wird. Dem widerspricht auch nicht die Ausgestaltung der §§ 1678 II, 1680 II (2), 1672 I BGB, welche eine derartige Anforderung stellen. Abweichend zu der hier vorliegenden Konstellation betreffen diese jeweils Sorgerechtsentscheidungen, die sich nicht gegen einen entgegenstehenden Willen des anderen Elternteils durchsetzen müssen. Da in diesen Fällen nicht (mehr) die Möglichkeit einer entstehenden oder fortbestehenden gemeinsamen Sorge vorliegen kann, besteht dort die Problematik einer fehlenden Kooperationsbereitschaft nicht.

#### *cccc) Maßstab entsprechend § 1671 I Nr. 2 BGB*

Im Rahmen der Ersetzung der mütterlichen Zustimmung ist, wie bei § 1671 I Nr. 2 BGB, die Überwindung des entgegenstehenden Willens des anderen Elternteils folglich nur gerechtfertigt, wenn dies dem *Wohl des Kindes am besten entspricht*<sup>646</sup>.

Aus diesem Grund soll die Zustimmung der Mutter nur dann ersetzt werden, wenn ein gemeinsames Sorgerecht dieser Voraussetzung gerecht wird.

#### *bbb) Ablehnung weiterer Einschränkungen*

Weitere Einschränkungen sind dagegen nicht vorzunehmen.

Eine tatbestandliche Begrenzung auf Konstellationen, in denen der Vater über längere Zeit mit der Mutter und dem Kind in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt und eine soziale Beziehung zu dem Kind aufgebaut hat, ist nicht angebracht<sup>647</sup>. Unabhängig von der unbestrittenen Entscheidungsrelevanz dieses Kriteriums, ist eine derartige Einschränkung überzogen, da das Kindeswohl nicht darauf verkürzt werden kann. Dieses Kriterium ist nicht in allen Konstellationen unabdingbar, sodass es zwar stets bei der Kindeswohlprüfung zu berücksichtigen ist, aber in manchen Fällen überwindbar sein kann.

Darüber hinaus bedarf das Tatbestandsmerkmal des Kindeswohls keiner Einschränkung. Einer derartigen Anknüpfung kann insbesondere nicht dessen Unbestimmtheit entgegengehalten werden<sup>648</sup>, da dieser Begriff im Familienrecht mehrfach auftaucht<sup>649</sup> und

<sup>644</sup> So auch die Regel für Altfälle, Art. 224 § 2 Abs. 3 bis 5 EGBGB; vgl. dazu insb. OLG Stuttgart FamRZ 04, 1397 (1398 f); so auch Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 39; anders dagegen bereits Coester FPR 05, 60 (64).

<sup>645</sup> Palandt/Diederichsen § 1672 Rdn. 4; - a.A. Motzer FamRZ 04, 1445 (1449).

<sup>646</sup> Coester FPR 05, 60 (64); Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 17; Richter FPR 04, 484 (485); Greßmann Rdn. 185; so wohl auch Rauscher FamRZ 98, 329 (335) FbN. 74; missverständlich Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 39; i.E. so wohl auch Fink S. 164 ff, der die Entscheidung am Kindeswohl ausrichten will, dabei zu beachtende Kriterien vorgibt, sich aber nicht auf einen Kindeswohlmaßstab festlegt.

<sup>647</sup> So aber zu verstehen Groß FamRZ 02, 176 (177) mit Berufung auf BVerfG FamRZ 95, 789 (792), wonach die Ausübung des Rechts auf Pflege und Erziehung des Kindes neben einem Mindestmaß an Übereinstimmung eine soziale Beziehung jedes Elternteils zu dem Kind voraussetzt. Spätestens mit Ausübung der elterlichen Sorge entsteht jedoch eine derartige Beziehung, sodass die pauschale Anforderung überzogen ist.

<sup>648</sup> So aber Ewers FamRZ 00, 787 (787); so zu verstehen auch Bosch FamRZ 91, 1121 (1126); ähnlich Jopt ZfJ 96, 203 (208); Koeppl FuR 93, 63 (63); dazu auch Motzer FamRZ 01, 1034 (1034).

<sup>649</sup> So auch insb. in der gesetzlichen Übergangsregel zu § 1626 a BGB, Art. 224 § 2 III EGBGB, woraus sich ergibt, dass der Gesetzgeber selbst insoweit von einer ausreichenden Bestimmtheit ausgeht; ferner in §§ 1671 II Nr. 2, 1672 I, II, 1678 II, 1680 II, 1681 II BGB.

von der Rechtsprechung und Literatur<sup>650</sup> ausreichend konkretisiert wurde. Gerade diese Offenheit gewährleistet auch die Erfassung der vielfältigsten Konstellationen.

### **ccc) Ergebnis**

Aus all diesen Erwägungen heraus ist eine entsprechende Reform des § 1626 a BGB geboten. Darüber hinaus wird in dem Ansatz die - im Anschluss (f) besprochene - Zulässigkeit von partiellen Sorgevereinbarungen integriert.

### **§ 1626 a:**

#### ***I unverändert außer:***

**Nr. 1 - alternativ:** .... 1. erklären, dass sie die Sorge **ganz oder teilweise** gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen) oder ....

**II - alternativ:** Die Sorgeerklärung der Mutter nach Absatz 1 Nummer 1 kann gerichtlich ersetzt werden, **soweit** die gemeinsame Sorge dem Kindeswohl am besten entspricht.

### **f) Zulässigkeit von partiellen Sorgevereinbarungen**

In diesem Regelungsvorschlag ist die Möglichkeit beinhaltet, die gemeinsame Sorge - sowohl im Rahmen von Sorgeerklärungen als auch bei deren gerichtlichen Festsetzung - jeweils auf Teilbereiche zu begrenzen.

### **aa) Rechtliche Lage**

Im geltendem Recht ist die Zulässigkeit von partiellen Sorgeerklärungen umstritten.

Die wohl herrschende Auffassung lehnt eine derartige Ausgestaltung ab und begründet dies mit dem Gesetzeswortlaut (§ 1626 a I Nr. 1 BGB), der eine Teilübertragung nicht erwähnt<sup>651</sup>. Dagegen wird vereinzelt eine erweiterte Auslegung des § 1626 a BGB befürwortet und eine Teilsorgeerklärung im geltenden Recht anerkannt<sup>652</sup>.

Da der BGH, in Kenntnis der Problematik, dies noch bewusst offen gelassen hat<sup>653</sup>, werden in der Praxis als Ausweg oftmals flankierende Sorgerechtsvereinbarungen getroffen<sup>654</sup>.

### **bb) Reformbestrebungen**

Unabhängig davon fordern auch weite Teile der Vertreter der ablehnenden Ansicht eine entsprechende Gesetzesreform<sup>655</sup>.

<sup>650</sup> So auch AG Korbach FamRZ 00, 629 (631); vgl. zur Bedeutung des Kindeswohls insb. Coester S. 176 ff; Fink S. 5 ff, 171; Fegeler S. 33 ff; Staudinger/Coester § 1671 Rdn. 153 ff; Gernhuber FamRZ 73, 229 (229 ff); zum Einfluss des Kindeswillens und dessen Beachtlichkeit, OLG Frankfurt FamRZ 03 1314 (1314); Klenner FamRZ 03, 1315 (1315 f); Spangenberg FamRZ 04, 132 (132 f).

<sup>651</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 6 ff; Bamberger/Roth/Veit § 1626 a Rdn. 6; Palandt/Diederichsen § 1626 a Rdn. 7; Erman/Michalski § 1626 a Rdn. 3; FamRefK/Rogner § 1626 a Rdn. 12 f; Johannsen/Henrich/Jaeger § 1626 a Rdn. 4; Jauering/Berger § 1626 a Rdn. 6; Lipp/Wagenitz § 1626 a Rdn. 8; Schwab DNotZ 437 (438, 450), Sturm/Sturm StAZ 98, 305 (307); Fink S. 27; ebenso Lipp FamRZ 98, 65 (72); Coester DEuFamR 99, 3 (8), die allerdings dies kritisieren und für reformbedürftig halten; für eine Reform ebenso Diederichsen NJW 98, 1977 (1983); OLG Stuttgart FamRZ 04, 1397 (1399); vgl. AnwK/Rakete-Dombek § 1626 a Rdn. 16.

<sup>652</sup> Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 60, unter Aufgabe der eigenen, gegenteiligen Auffassung in Coester DEuFamR 99, 3 (8); Zimmermann DNotZ 98, 404 (418 f); dagegen MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 8 der für die nötige Analogie die Regelungslücke vermisst.

<sup>653</sup> BGH FamRZ 01, 907 (909).

<sup>654</sup> Zu deren Zulässigkeit vgl. Schwab DNotZ 98, 437 (455 f); Zimmermann DNotZ 98, 404 (418).

<sup>655</sup> DFGT 97, 337 (337, 338); dt. Anwaltverein FamRZ 96, 1401 (1402); Lipp FamRZ 98, 66 (72); Coester FamRZ 96, 1181 (1186); ders. DEuFamR 99, 3 (8); ders. RdJB 96, 430 (432); ähnlich Heumann FuR 02, 293 (295); Witteborg S. 215; - a.A. inzwischen ders. in Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 60, der dort für eine entsprechende Auslegung plädiert.

Begründet wird dies zutreffend mit dem Hinweis auf die bestehende Umgehungsmöglichkeit über §§ 1671 II Nr. 1, 1672 I BGB, welche eine Teilübertragung ermöglicht und dementsprechend eine Unstimmigkeit der gesetzlichen Systematik darstellt<sup>656</sup>. Ferner existiert anderenfalls ein Alles-oder-Nichts-Prinzip, was die Bereitschaft der Mutter hemmen kann, die gemeinsame Sorge einzuräumen, da sie oftmals nur in Teilbereichen zur gemeinsamen Sorge bereit ist<sup>657</sup>.

Darüber hinaus kommt eine derartige Lösung dem Kindeswohl zugute. Ein, auch auf Teilbereiche begrenztes, gemeinsames Sorgerecht kann sich konfliktvermeidend auswirken, da ausgeglichene Machtverhältnisse die Kooperationsbereitschaft fördern<sup>658</sup>. Diese kann allzu schnell verloren gehen, wenn ein Elternteil nahezu rechtlos gestellt wird. Dies wird ferner dadurch belegt, als der Umgangs- und Kontaktabbruch zum Kind wesentlich höher ist, wenn ein Elternteil vollständig vom Sorgerecht ausgeschlossen wird<sup>659</sup>.

Dieser Reformbestrebung wird zum Teil die Unteilbarkeit des Sorgerechts verheirateter Eltern vorgehalten und insofern auf eine Ungleichbehandlung verwiesen<sup>660</sup>.

Aber auch soweit bei Ehegatten eine entsprechende Anpassung nicht durchgeführt würde<sup>661</sup>, wäre die Reform gerechtfertigt. Bei nichtverheirateten Eltern kann, anders als bei Ehegatten, nicht grundsätzlich von einem Zusammenleben ausgegangen werden, sodass ein erhöhtes Bedürfnis nach flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten besteht<sup>662</sup>.

Jedenfalls soweit obigem Reformvorschlag gefolgt und die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung der Mutter ermöglicht wird, ist eine Teileinräumung eines gemeinsamen Sorgerechts unabdingbar. Dies ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Kindeswohls, welchem primär nachzukommen ist und das möglicherweise nur eine gemeinschaftliche Teilsorge erfordert. Ferner wird nur so dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausreichend Rechnung getragen, da Teilentscheidungen, als milderes Mittel, gegebenenfalls notwendig sind<sup>663</sup>.

### **g) Sorgeerklärung bei Geschäftsunfähigkeit eines Elternteils**

Im Zusammenhang mit der Abgabe einer Sorgeerklärung stellt sich ferner die Frage, ob das Elternrecht des nichtehelichen Vaters auch dann ausreichend gewährleistet wird, wenn er oder die Mutter geschäftsunfähig ist.

#### **aa) Rechtliche Lage**

Gemäß § 1626c II BGB ist eine Sorgeerklärung eines beschränkt geschäftsfähigen Elternteils nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters wirksam. Hinsichtlich eines geschäftsunfähigen Elternteils sehen die §§ 1626 a ff BGB dagegen keine Regelung vor, sodass an sich, wegen der abschließenden Aufzählung der Unwirksamkeitsgründe (§ 1626 e BGB), insoweit keine Beschränkung bestehen würde. Was aus dieser Regelungslosigkeit geschlossen werden muss, ist allerdings umstritten.

---

<sup>656</sup> Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 59; Coester DEuFamR 99, 3 (8 f); Lipp FamRZ 98, 66 (71 f); Zimmermann DNotZ 98, 404 (418 f); DFGT 97, 337 (338).

<sup>657</sup> Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 59; Coester DEuFamR 99, 3 (8 f); ders. RdJB 96, 430 (432); DFGT 97, 337 (338); dt. Anwaltverein FamRZ 96, 1401 (1402); Brambring DNotI-Report 98, 89 (91); Heumann FuR 02, 293 (295).

<sup>658</sup> Vgl. Heumann FuR 03, 293 (295); mit Verweis auf Proksch-Studie, s. Proksch S. 412 f.

<sup>659</sup> Proksch S. 412 f.

<sup>660</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 8; FamRefK/Rogner § 1626 a Rdn. 12.

<sup>661</sup> So der Vorschlag in MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 8.

<sup>662</sup> Diese Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bezweifelnd MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 8.

<sup>663</sup> Vgl. zu dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei Alleinsorge contra gemeinsamer Sorge, BVerfG FamRZ 04, 1015 (1016).

### **aaa) Differenzierung zwischen Innehabung und Ausübung**

Eine Ansicht geht von der Wirksamkeit derartiger Sorgeerklärungen aus und unterscheidet zwischen der Innehabung und der Ausübung des Sorgerechts. Demnach soll der Geschäftsunfähige das Sorgerecht erlangen können und ist lediglich in dessen Ausübung nach § 1673 I BGB beschränkt<sup>664</sup>.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass dies mit § 1626 c II BGB nicht vereinbar ist, wenn der Geschäftsunfähige weniger Schutz erfährt als der lediglich beschränkt Geschäftsfähige<sup>665</sup>.

### **bbb) Genuine Sorgerechtsfähigkeit**

Eine weitere Ansicht<sup>666</sup> will im Rahmen der Sorgeerklärung nicht auf die Kategorie der Geschäftsfähigkeit abstellen. In Anlehnung an die rechtliche Lage bei der Ehe wird von einer genuinen Sorgerechtsfähigkeit ausgegangen.

Für die Eingehung der Ehe und der damit verbundenen Sorgerechtserlangung (auch nachgeburtlich über § 1626 II Nr. 2 BGB) ist zwar die Geschäftsfähigkeit vorausgesetzt (§ 1304 BGB), jedoch ist eine partielle Geschäftsfähigkeit anerkannt, wenn ein ernstzunehmender Ehewille vorliegt<sup>667</sup>. Dementsprechend wird ebenso im Rahmen von § 1626 a II Nr. 1 BGB von einer genuinen Sorgegeschäftsfähigkeit ausgegangen und vorgebracht, dass die elterliche Sorge gleichermaßen tatsächliche Pflege und Erziehung beinhaltet und daher die Kategorie des Rechtsgeschäfts nicht passt.

Richtigerweise kann dem nicht gefolgt werden. Unabhängig von Ausnahmefällen, in denen eine partielle Geschäftsfähigkeit angenommen werden kann<sup>668</sup>, ist eine gesonderte Sorgerechtsfähigkeit abzulehnen<sup>669</sup>. Insbesondere ist die Ausgangslage nicht vergleichbar, da im Bereich der Sorge mittels §§ 1673, 1674 BGB dessen Ausübung eigenständig begrenzt ist. Ferner knüpft der Gesetzgeber mit § 1626 b II BGB bewusst an den Begriff der Geschäftsfähigkeit an, sodass eine abweichende Sorgerechtsfähigkeit dem gesetzlichen Ansatz widerspricht.

### **ccc) Nichtigkeit derartiger Sorgeerklärungen**

Die wohl herrschende Auffassung geht von der Nichtigkeit derartiger Erklärungen aus und begründet dies mit der Anwendung des § 105 I BGB<sup>670</sup>. Dies ergäbe sich aus einem Umkehrschluss zu § 1626 c II BGB und entspräche der allgemeinen Wertung, wonach

---

<sup>664</sup> Dickerhof-Borello FuR 98, 70 (70 ff) und 98, 157 (157 ff, insb. 161 ff); ähnlich Knittel ZfJ 00, 140 (141); ähnlich wohl auch Erman/Michalski § 1626 e Rdn. 2; so auch Brambring DNotI-Report 98, 89 (90), der aber auf § 11 I BeurkG verweist, wonach der Notar die Erklärung ablehnen könne; ebenso Witteborg S. 214..

<sup>665</sup> Staudinger/Coester § 1626 e Rdn. 20; MüKo/Huber § 1626 e Rdn. 14; - a.A. Dickerhof-Borello FuR 98, 70 (70 ff) und 98, 157 (157 ff, insb. 163) der die Ansicht mit der Unterschiedlichkeit von § 1673 I und II BGB - nicht überzeugend (selbst kritisch in FbN. 50) - zu erklären versucht. Eine Genehmigung sei nur bei beschränkter Geschäftsfähigkeit nötig, da dort, anders als bei Geschäftsunfähigkeit, eine beschränkte Personensorge verbleibt. Richtigerweise besteht diese aber nur neben dem gesetzlichen Vertreter, sodass auch dort ausreichend Schutz existiert und keine Notwendigkeit für eine derart systemfremde Gesetzesauslegung besteht. Darüber hinaus steht der beschränkt Geschäftsfähige schlechter dar, wenn die Genehmigung verweigert wird.

<sup>666</sup> Lipp FamRZ 98, 65 (71); Lipp/Wagenitz § 1626 e Rdn. 6 f; ähnlich Knittel ZfJ 00, 140 (141), der aber zumindest für die Ausübung der Sorge Geschäftsfähigkeit fordert; eingeschränkt MüKo/Huber § 1626 e Rdn. 19 der allgemein auf die Möglichkeit einer partiellen Geschäftsfähigkeit hinweist; kritisch dazu Dickerhof-Borello FuR 98, 70 (70 ff, insb. 74 ff;) und 98, 157 (157 ff); Witteborg S. 213.

<sup>667</sup> Palandt/Diederichsen § 1304 Rdn. 2; BayObLG FamRZ 97, 294 (294).

<sup>668</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 19.

<sup>669</sup> Zimmermann DNotZ 98, 404 (417 f); Dickerhof-Borello FuR 98, 70 (70 ff, insb. 74 ff) und 98, 157 (157 ff); Witteborg S. 213..

<sup>670</sup> Rauscher Rdn. 975; Schwab Rdn. 531; ders. DNotZ 98, 437 (453); Zimmermann DNotZ 98, 404 (417 f); MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 7 ff; Palandt/Diederichsen § 1626 e Rdn. 2; eingeschränkt auch Lipp FamRZ 98, 65 (71), der ggfs. eine genuine Sorgerechtsfähigkeit annehmen will; ähnlich Knittel ZfJ 00, 140 (141); (nicht so eindeutig aber Lipp/Wagenitz § 1626 e Rdn. 6 f); - kritisch Dickerhof-Borello FuR 98, 70 (70 ff, insb. 74) und 98, 157 (157 ff, insb. 158), der einen Rückgriff wegen § 1626 e BGB ablehnt; vgl. auch Witteborg S. 212.



Geschäftsunfähige schützenswerter als beschränkt Geschäftsfähige sind<sup>671</sup>. Demnach wird § 1626 e BGB teleologisch reduziert, eine Anwendung von § 105 I BGB ermöglicht und infolgedessen für eine Sorgeerklärung die Geschäftsfähigkeit vorausgesetzt.

Unabhängig von den noch zu diskutierenden verfassungsrechtlichen Problemen (unter **bb**), ist dem nicht zu folgen. Eine allgemeine Wertung einer erhöhten Schutzbedürftigkeit Geschäftsunfähiger gegenüber beschränkt Geschäftsfähigen besteht nicht. Ein gleichwertiger Schutz kann ebenso allen Interessen gerecht werden.

#### **ddd) Analogieschluss**

Richtigerweise ist eine Analogie zu befürworten<sup>672</sup>. Die nötige Regelungslücke besteht, da die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien sich ausschließlich auf den minderjährigen und damit beschränkt geschäftsfähigen Elternteil beziehen<sup>673</sup>.

Wegen des Erfordernisses der Höchstpersönlichkeit (§ 1626 c I BGB) ist dabei aber ein Ansatz<sup>674</sup> abzulehnen, wonach der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen Elternteils mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, analog § 1596 I (3) BGB, die Sorgeerklärung wirksam abgeben könne<sup>675</sup>.

Zu befürworten ist eine Analogie zu § 1626 c II BGB, wonach der Geschäftsunfähige selbst, mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters, eine Sorgeerklärung abgeben kann<sup>676</sup>. Dies berücksichtigt insbesondere die psychologische und symbolische Bedeutung einer Einbindung geschäftsunfähiger Eltern, indem ihnen ermöglicht wird, ein ruhendes Sorgerecht zu erlangen, § 1673 I BGB<sup>677</sup>.

Folglich kann der nichtverheiratete Vater auch dann das Sorgerecht über Sorgeerklärungen erhalten, wenn entweder er oder die Mutter geschäftsunfähig ist. Im ersteren Fall ruht allerdings gemäß § 1673 I BGB dessen Ausübung, wogegen im letzteren Fall daneben nach § 1678 BGB die Möglichkeit der Übertragung der Alleinsorge auf den Vater besteht.

#### **bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Für eine derartige Gesetzesauslegung sprechen ferner verfassungsrechtliche Gesichtspunkte. Dies wird deutlich, wenn man die Folgen der zunächst vertretbar erscheinenden Alternative der herrschenden Meinung, die Nichtigkeit der Sorgeerklärungen von Geschäftsunfähigen (s.o. **aa.ccc**), bedenkt.

Bei der vorgeschlagenen Anwendung von § 105 I BGB kann der nichteheliche Vater, unabhängig ob er selbst oder die Mutter geschäftsunfähig ist, das (gemeinsame) Sorgerecht nicht erlangen. Im Vergleich dazu steht geschäftsunfähigen Müttern und ehelichen Vätern das Sorgerecht kraft Gesetz zu und ihre Geschäftsunfähigkeit führt lediglich zu einem Ruhen ihrer

---

<sup>671</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 17; wobei dies oftmals nicht gegen eine gleichwertige Ausgestaltung des Schutzes spricht.

<sup>672</sup> Dies ablehnend Witteborg S. 212, mit der Argumentation, dass in ähnlichen Situationen der Gesetzgeber stets eine Regelung insoweit getroffen hat; diese Argumentation erweist sich jedoch als schwach, da die Notwendigkeit von Analogien auf ein unbewusstes gesetzgeberisches Unterlassen basiert.

<sup>673</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 94 f.

<sup>674</sup> Palandt/Diederichsen § 1626 a Rdn. 7 (60 A.); inzwischen anders und von der Nichtigkeit ausgehend Palandt/Diederichsen § 1626 e Rdn. 2.

<sup>675</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 17; Staudinger/Coester § 1626 e Rdn. 20; AnwK/Rakete-Dombek § 1626 c Rdn. 9.

<sup>676</sup> Sturm/Sturm StAZ 98, 305 (307) FfBn. 28; Staudinger/Coester § 1626 e Rdn. 21.

<sup>677</sup> Staudinger/Coester § 1626 e Rdn. 18, 20.

elterlichen Sorge (§ 1673 I BGB). Ihre elterliche Sorge geht jedoch nicht verloren<sup>678</sup>. Während bei dem nichtehelichen Vater die Erlangung der Sorge verhindert wird, wird bei diesen lediglich die Ausübung der Sorge beschränkt. Daher werden dieser Ausgestaltung, insbesondere in den Fällen, in denen der Vater mit der Familie zusammenlebt und sich tatsächlich um das Kind kümmert, zurecht Dissonanzen vorgeworfen und verfassungsrechtliche Bedenken entgegengebracht<sup>679</sup>.

Dieser Vorwurf der Ungleichbehandlung wird mit der hier vertretenen analogen Anwendung des § 1626 b II BGB vermieden, da mittels Genehmigungsmöglichkeit dem nichtehelichen Vater der Zugang zum Sorgerecht eröffnet ist.

Soweit er selbst geschäftsunfähig ist, kann er, mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters, die Innehabung des Sorgerechts erlangen und muss lediglich auf deren Ausübung verzichten (§ 1673 I BGB). Soweit dies dagegen für die Mutter zutrifft, kann mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters ein gemeinsames Sorgerecht entstehen, dessen Ausübung gemäß § 1673 I BGB zunächst auf den geschäftsfähigen Vater beschränkt ist.

Letzteres bietet darüber hinaus den Vorteil, dass der Vater in dieser Konstellation nicht zwingend auf die Übertragung der Alleinsorge nach § 1678 II BGB angewiesen ist. Dadurch wird vermieden, dass der Vater die dortigen (strenger) Voraussetzungen erfüllen muss und die Mutter Gefahr läuft, vollständig und nachhaltig ihr Sorgerecht zu verlieren<sup>680</sup>. Mit der weiteren Innehabung des Sorgerechts wird die gemeinschaftliche Sorgeausübung zukunftsorientiert offengehalten und gefördert, da nur so bei Wegfall der Geschäftsunfähigkeit die gemeinsame Sorge (-ausübung) von Gesetz wegen in Kraft tritt.

Im Rahmen einer durchzuführenden Reform erscheint demnach eine gesetzliche Klarstellung vorteilhaft.

### **§ 1626 c:**

***I - unverändert;***

***II - alternativ:***      *Die Sorgeerklärung eines **geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen** Elternteils .....*

## **2) Abänderung der Alleinsorge der Mutter nach § 1672 BGB**

Von der primären Sorgerechtsverteilung bei nichtverheirateten Eltern nach § 1626 a II BGB ist die Abänderung dieser Entscheidung zu unterscheiden.

Eine Abänderung kann nach geltender Gesetzeslage insbesondere im gegenseitigen Einvernehmen erfolgen (§ 1672 BGB) oder nötig werden, wenn die sorgeberechtigte Mutter sorgerechtsunfähig wird (§§ 1678 ff BGB).

Im Folgenden ist zunächst der einverständliche Wechsel der Alleinsorge nach § 1672 BGB zu untersuchen, bevor auf die Ausgestaltung der §§ 1678 ff BGB eingegangen wird (**E.II.3**).

### **a) Rechtliche Lage bei einverständlichem Alleinsorgewechsel**

Die Regelung des § 1672 I BGB ermöglicht es nichtverheirateten Eltern, im gegenseitigen Einverständnis, die Alleinsorge für das Kind von der nach § 1626 a II BGB allein sorgeberechtigten Mutter auf den Vater zu übertragen. Damit ergänzt sie die Norm des § 1626

<sup>678</sup> Palandt/Diederichsen § 1675 Rdn. 1.

<sup>679</sup> Lipp FamRZ 98, 65 (71); Knittel ZfJ 00, 140 (141); Dickerhof-Borello FuR 98, 70 (70 ff, insb. 73) und 98, 157 (157 ff, insb. 160, 164).

<sup>680</sup> Staudinger/Coester § 1626 e Rdn. 18.

a BGB, indem sie die dort fehlende Möglichkeit eröffnet, einen Alleinsorgewechsel herbeizuführen.

Systematisch gehört § 1672 BGB richtigerweise zu § 1626 a BGB<sup>681</sup>. Ihren Standort kann die Norm, ebenso wie § 1671 BGB, aus dem Erfordernis der Trennung der Eltern ableiten<sup>682</sup>. Daraus folgt aber nicht die Notwendigkeit des vorherigen Zusammenlebens, da das Erfordernis vielmehr als ein „Nichtzusammenleben“ ausgelegt werden muss<sup>683</sup>.

Neben der - nicht ersetzbaren<sup>684</sup> - Zustimmung<sup>685</sup> der Mutter schreibt die Norm eine positive Kindeswohlprüfung vor, indem nach § 1672 I (2) BGB die Kindeswohldienlichkeit der Übertragung gefordert wird.

Abzugrenzen von § 1672 I BGB ist § 1671 und § 1672 II BGB.

Ebenso wie § 1672 BGB kann § 1671 BGB zu einer Alleinsorge des Vaters führen, jedoch ist dessen Anwendungsbereich nur eröffnet, wenn zuvor bereits eine gemeinsame elterliche Sorge begründet worden ist<sup>686</sup>. Dagegen betrifft § 1672 II BGB die Abänderung der gerichtlichen Entscheidung nach § 1672 I BGB und schafft damit eine eigenständige Sonderregel zu der Grundnorm des § 1696 BGB, welche sonst die Abänderung von gerichtlichen Sorgeentscheidungen regelt.

### **b) Kritik**

Der Ausgestaltung der Norm wird vielfach und in unterschiedlicher Art und Weise Kritik entgegengebracht. Hauptkritikpunkte sind das Vetorecht der Mutter (**aa**), die Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidungskompetenz (**bb**), die Anforderung der Kindeswohldienlichkeit (**cc**) und das Erfordernis der Trennung (**dd**).

Darüber hinaus sind, nach der Bestimmung eines Zwischenergebnisses (**ee**), Bedenken gegen die Abänderung dieser Ausgangsentscheidung nach § 1672 II BGB zu erheben (**ff**).

#### **aa) Vetorecht der Mutter**

Ein zentraler Kritikpunkt ist das Zustimmungserfordernis der Mutter. Mittels ihres Vetorechts ist sie demzufolge in der Lage, einen Sorgerechtswechsel zu verhindern.

---

<sup>681</sup> Coester FamRZ 95, 1245 (1247) FfBn. 23; Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 1; DFGT FamRZ 97, 337 (340); Diederichsen NJW 98, 1977 (1983); Lipp FamRZ 98, 65 (72); - a.A. Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 1 FfBn. 1.

<sup>682</sup> Wegen des Erfordernisses des Getrenntlebens hält Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 1 FfBn. 1, die systematische Stellung auch für zutreffend.

<sup>683</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 6; Palandt/Diederichsen § 1672 Rdn. 2; MüKo/Finger § 1672 Rdn. 1, 20 f; vgl. dazu Diederichsen NJW 98, 1977 (1985).

<sup>684</sup> Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 33, § 1672 Rdn. 8. Palandt/Diederichsen § 1672 Rdn. 3; MüKo/Huber § 1671 Rdn. 25; BGH FamRZ 01, 907 (908); OLG Frankfurt FamRZ 03, 1314 (1314); missverständlich BGH FamRZ 01, 907 (910), wonach zwar keine Ersetzung möglich sei, aber bei Kindeswohlgefährdung § 1666 BGB greifen könnte; dagegen aber BVerfG FamRZ 03, 285 (291), vgl. **E.II.1.c.aa.aaa.dddd**; - die Zustimmung ist nur entbehrlich, wenn sie bereits in die Adoption ihres Kindes eingewilligt hat, § 1751 I (6) BGB, dazu **E.II.7**.

<sup>685</sup> Die Zustimmung ist bereits zur Antragsstellung erforderlich, womit der Gesetzgeber verhindern will, dass ein Verfahren eingeleitet wird und im Rahmen dessen versucht wird, die Zustimmung zu erlangen. Darin sieht der Gesetzgeber die Gefahr, dass die Mutter-Kind-Beziehung mit weiteren Beunruhigungen, die zu vermeiden wären, belastet wird, BT-Drucks 13/4899 S. 100; Lipp/Wagenitz § 1672 Rdn. 2; Schwab/Motzer III Rdn. 212; kritisch MüKo/Finger § 1672 Rdn. 23; Coester FamRZ 95, 1245 (1247).

<sup>686</sup> Vgl. dazu bspw. Vogel FPR 05, 65 (65 ff); Schwab FamRZ 98, 457 (457 ff).

### aaa) Ausgangspunkt

Eine Sorgerechtsregel, die den Übergang der Alleinsorge der Mutter auf den Vater ohne deren Zustimmung ermöglicht, wurde vom Gesetzgeber diskutiert und bewusst abgelehnt<sup>687</sup>. Die alternativ vorgebrachte Norm sah vor, auf Antrag, *auch gegen den Willen der Mutter*, einen Alleinsorgewechsel herbeizuführen, wenn dies dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Eine derartige gerichtliche Korrekturmöglichkeit wurde jedoch abgelehnt, da dadurch:

- die Mutter-Kind-Beziehung verunsichert werden könnte, wenn der Vater die Möglichkeit besitzen würde, sich als der geeignetere Elternteil zu präsentieren und das Sorgerecht zu beanspruchen.
- die Mütter in diesem Fall vermehrt davon absehen könnten, die Vaterschaftsfeststellung zu ermöglichen.
- die Mütter den Umgang des Kindes mit dem Vater einschränken könnten, um zu verhindern, dass der Vater sich dadurch als Sorgerechtsalternative qualifiziert.

Diese Argumentation ist allerdings kaum haltbar<sup>688</sup>.

Es ist nur schwerlich nachzuvollziehen, dass die Gefahr von pflichtwidrigem Verhalten der Mütter (Alt. 2 und 3) das Elternrecht der Väter einschränken können soll<sup>689</sup>. Ferner ist das Verunsicherungsargument (Alt. 1) nicht tragfähig<sup>690</sup>. Die Abänderung des Sorgerechts muss von allen Sorgeberechtigten in Kauf genommen werden (über §§ 1671, 1672, 1696 BGB)<sup>691</sup>. Darüber hinaus ist diese Gefahr vielmehr eine Problematik der konkreten Ausgestaltung der materiellen Abänderungsvoraussetzungen dieser Normen. Folglich hätten sich die aufgeworfenen Bedenken ausreichend mittels einer restriktiven Reform lösen lassen<sup>692</sup>, sodass das absolute Vetorecht der Mutter in § 1672 BGB ebenfalls kritisch gesehen werden muss. Letztlich ist auch das Kindeswohl nicht ausreichend berücksichtigt<sup>693</sup>, da eine erst bei Kindeswohlgefährdung eingreifende Abänderungsmöglichkeit (§ 1666 BGB) diesem oftmals nicht ausreichend gerecht wird.

Demzufolge setzt sich die Kritik, hinsichtlich des Vetorechts der Mutter im Rahmen des § 1626 a BGB, im Bereich des § 1672 I BGB fort. Entsprechend der jeweiligen Auffassung wird die Ausgestaltung der Norm toleriert oder als verfassungswidrig angesehen<sup>694</sup>.

---

<sup>687</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 59 f.

<sup>688</sup> Die Argumentation des Gesetzgebers und die Kritik dazu bezieht sich insoweit auf § 1672 BGB. Undifferenziert werden diese Argumente teilweise auch für und gegen § 1626 a BGB eingesetzt, so bspw. MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 42, BGB FamRZ 01, 907 (910); Wolf FamRZ 02, 172 (174); Dabei wird aber verkannt, dass es dort um die Entstehung einer gemeinsamen Sorge geht und somit nicht ohne weiteres übertragen werden kann.

<sup>689</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 10.

<sup>690</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 10.

<sup>691</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 10; Schumann S. 331; Schumann FamRZ 00, 389 (394).

<sup>692</sup> MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 40.

<sup>693</sup> Schumann S. 331; Coester DEuFamR 99, 3 (7).

<sup>694</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken bei Lipp FamRZ 98, 65 (72); Diederichsen NJW 98, 1977 (1985) FbN. 100; Coester FamRZ 95, 1245 (1247); ders. FamRZ 96, 1181 (1184); ders. FPR 04, 60 (64); ders. DEuFamR 99, 3 (7); ders. RdJB 96, 430 (432); Jonas JAMt 03, 332 (334); Heumann FuR 02, 293 (296); Humphrey FPR 03, 579 (585); Schumann FuR 02, 59 (65); Finger ZfJ 00, 183 (186 f); ders. FamRB 02, 336 (337) Motzer FamRZ 03, 793 (803); ders. FamRB 03, 80 (81); Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 5; MüKo/Huber § 1672 Rdn. 19 ff; Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 9; Lipp/Wagenitz § 1626 a Rdn. 13; Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 5; v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 121; Lüderitz Rdn. 934; ähnlich Schwenzer, Gutachten zum DJT, A. 79; Diederichsen, Referat zum DJT, M 93; vergleiche insb. die Verweise in den folgenden FbN.; - zweifelnd Coester-Waltjen Jura 98, 436 (439), die dies zumindest nicht für optimal hält; eingeschränkt Rauscher Rdn. 1012, der eigenständige Überlegungen zur Verfassungswidrigkeit des § 1672 BGB ablehnt und die Norm als logische Fortsetzung des § 1626 a BGB ansieht, den er aber seinerseits für verfassungswidrig erklärt; - a.A. Johannsen/Henrich/Jaeger § 1672 Rdn. 6; AnwK/Rakete-Dombek § 1672 Rdn. 5.

Dabei bleibt zu beachten, dass die sorgerechtliche Problematik häufig im Zusammenhang mit § 1672 I BGB ihren Schwerpunkt hat, da mangels des nötigen Konsens eine gemeinsame Sorge, auch bei Reform des § 1626 a BGB, letztlich oftmals nicht umgesetzt werden kann. Infolgedessen stellt sich die entscheidende Frage, ob im Hinblick auf § 1672 BGB dem Elternrecht des Vaters zur Geltung verholfen werden muss.

### ***bbb) Rechtsprechung BVerfG***

Diese Kritik hat das BVerfG nicht aufgegriffen.

In Fortsetzung seiner Rechtsprechung zu § 1626 a BGB<sup>695</sup> hat das Gericht verfassungsrechtlich nicht beanstandet, dass eine Übertragung der Alleinsorge nach § 1672 I BGB der Zustimmung der Mutter bedarf und dem Kindeswohl dienen muss<sup>696</sup>.

Eine dahingehende Verfassungsbeschwerde nahm das Gericht nicht zur Entscheidung an, da mit dem vorhergehenden Urteil zu § 1626 a BGB (s.o.) die wesentlichen Fragen inzwischen geklärt seien. Darüber hinaus bestehe keine Aussicht auf Erfolg, da § 1672 BGB zu einem Wechsel der Alleinsorge führt und damit, anders als bei Entstehung eines gemeinsamen Sorgerechts nach § 1626 a BGB, nicht zur Verfestigung der Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen beitragen kann.

Dementsprechend soll in die Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit von § 1626 a BGB wohl hineingelesen werden, dass dies erst recht für § 1672 BGB gelten muss, da dort die Auswirkungen regelmäßig schwerwiegender sind.

### ***ccc) Kritik am BVerfG-Urteil***

Gegen das Urteil wendet sich wiederum ein Teil der Literatur, da das BVerfG die verfassungsrechtliche Problematik nicht erkannt und folglich nicht ausreichend behandelt habe<sup>697</sup>. Insbesondere verweise die Entscheidung nur auf die (ausgesprochene) Verfassungsmäßigkeit des § 1626 a BGB und berücksichtige nicht, dass es dort um die Begründung der gemeinsamen Sorge der Eltern geht, während bei § 1672 BGB der Wechsel der Alleinsorge in Frage steht.

Diese Kritik besteht zurecht, da die Ausgangssituation von § 1626 a BGB und § 1672 BGB nicht deckungsgleich ist und daher die Argumentation des Gerichts nicht bedenkenlos übernommen werden kann.

Bei der Begründung der gemeinsamen Sorge nach § 1626 a BGB erhält das Kind, ohne Wegfall einer zuvor sorgeberechtigten Person, zusätzlich einen neuen Sorgeberechtigten. Dagegen werden nach § 1672 I BGB die Sorgeberechtigten regelmäßig vollständig<sup>698</sup> ausgetauscht, sodass das Kind die ursprünglich sorgeberechtigte Mutter verliert und der ursprünglich sorgerechtslose Vater erstmalig ein Sorgerecht erhält. Dies hat demgemäß oftmals einen Platzierungswechsel des Kindes zur Folge.

Demgegenüber führt die Entstehung der gemeinsamen Sorge zu einer Konsensnotwendigkeit im Rahmen der Sorgeentscheidungen. Infolgedessen besteht ein Konfliktpotential, was sich negativ auf das Kind auswirken kann. Die gemeinsame Sorge der Eltern setzt, anders als eine Alleinsorge gemäß § 1672 I BGB, zwingend ein gewisses Maß an Kooperationswilligkeit und Kooperationsfähigkeit voraus.

Ob das BVerfG dies ausreichend berücksichtigt hat, erscheint fraglich. Dies kann jedoch letztlich dahinstehen, da sich das Gericht zumindest nicht ausreichend mit dem

---

<sup>695</sup> BVerfG FamRZ 03, 285 (285 ff), wobei es dort, trotz entsprechenden Vorlagebeschluss, auf § 1672 BGB nicht einging, da der Vater damals nicht die Übertragung der Alleinsorge beantragte.

<sup>696</sup> BVerfG FamRZ 03, 1447 (1448).

<sup>697</sup> Coester FamRZ 04, 87 (88); so auch Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 2; Coester FPR 05, 60 (64).

<sup>698</sup> Nicht zwingend, da gemäß § 1672 I BGB auch nur eine Teilübertragung des Sorgerechts möglich ist.

verfassungsrechtlich geschützten Elternrecht aus Art. 6 GG auseinandergesetzt hat. Darüber hinaus blieb das verfassungsrechtliche Kindeswohlprinzip unberücksichtigt, wonach grundsätzlich ein Recht des Kindes besteht, dem besser geeigneten Elternteil zugeordnet zu werden, wenn eine Sorggemeinschaft nicht zu verwirklichen ist<sup>699</sup>.

#### **ddd) Reformansatz**

Aus diesem Grund wird, im Anschluss an die Argumentation zu § 1626 a BGB, gefordert, die Zustimmung der Mutter gerichtlich ersetzen zu können.

Die nähere Ausgestaltung dieser Reformbestrebung ist allerdings wiederum umstritten.

#### **aaaa) Maßstab entsprechend § 1671 I Nr. 2 BGB**

Teilweise wird vertreten, auch hier die (Allein-) Sorgerechtszuweisung (entsprechend § 1671 II Nr. 1 BGB) am Maßstab des Kindeswohls auszurichten und die Zustimmung der Mutter zu ersetzen, *wenn dies dem Kindeswohl am besten entspricht*<sup>700</sup>.

Andere<sup>701</sup> kritisieren dies zurecht und führen an, dass dies dem Interesse des Kindes an einer sicheren und stabilen Zuordnung widerspricht. Das Bedürfnis des Kindes nach kontinuierlichen Rechtsverhältnissen<sup>702</sup> steht einer derart offenen Abwägung entgegen. Das Verhältnis des Kindes zu dem Sorgeberechtigten dürfe nicht vorschnell verunsichert und die Gefahr eines wiederholten Platzierungswechsel begründet werden.

#### **bbbb) Maßstab entsprechend § 1696 BGB**

Die derzeitige gesetzliche Lage wird von den Vertretern letzterer Ansicht aber ebenso kritisiert, da eine erst eintretende Sorgerechtsabänderungsmöglichkeit bei Kindeswohlgefährdung (§ 1666 BGB) nicht ausreichen kann.

Vorzuziehen sei ein Abänderungsmaßstab, der sich an § 1696 BGB anlehnt und eine Ersetzung der Zustimmung der Mutter ermöglicht, wenn dies aus *triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist*<sup>703</sup>.

Nur mit einer solchen Ausgestaltung werden nichtverheiratete, nach § 1626 a BGB sorgerechtslose Väter weder benachteiligt noch bevorzugt und ein Verstoß gegen Art. 3 und 6 GG vermieden.

Über § 1671 BGB können sorgebeteiligte Väter die Alleinsorge mit dem Willen der Mutter oder, wenn dies dem Wohl des Kindes am besten entspricht, auch gegen ihren Willen erlangen. Soweit es aber im Anschluss daran um den Alleinsorge(-rück-)wechsel von einem Elternteil auf den anderen geht, richtet sich die Abänderung nach § 1696 BGB<sup>704</sup>, wonach diese zulässig ist, wenn sie aus *triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist*. Somit entspricht der Übertragungsmaßstab für einen Alleinsorgewechsel bei Scheidungskindern sowie bei nichtehelichen Kindern im Falle

<sup>699</sup> Coester FamRZ 04, 87 (87); ders. FPR 05, 60 (64); ders. FamRZ 95, 1245 (1248); ders. DEuFamR 99, 3 (7); ders. RdJB 96, 430 (433); Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 10; BVerfG FamRZ 91, 913 (916, 917); Richter FPR 04, 484 (484).

<sup>700</sup> Schumann FamRZ 00, 389 (395); dies. S. 335; ähnlich die These von Diederichsen, Referat zum DJT, M 93.

<sup>701</sup> Coester FamRZ 04, 87 (88); ders. FPR 05, 60 (64); ders. FamRZ 95, 1245 (1248); ders. JZ 92, 809 (814); ders. FamRZ 96, 1281 (1284); ders. RdJB 96, 430 (433); i.E. wohl ähnlich Schumann FuR 02, 59 (67).

<sup>702</sup> Coester S. 176 ff; ders. FamRZ 95, 1245 (1248); ders. JZ 92, 809 (814); ders. FamRZ 96, 1281 (1284); ders. RdJB 96, 430 (433); vgl. die sozialwissenschaftliche Betrachtung von Zens, Referat zum DJT, M. 15 ff, 30 f.

<sup>703</sup> So auch Coester. FamRZ 95, 1245 (1248); ders. FPR 05, 60 (64); ders. JZ 92, 809 (814); ders. FamRZ 96, 1281 (1284); ders. FamRZ 04, 87 (88); ders. RdJB 96, 430 (433); ders. DEuFamR 99, 3 (8); wobei er dort auch eine etwas niedrigere Kindeswohlschwelle (im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens) für vertretbar hält; vgl. auch Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 39; i.E. wohl ähnlich Schumann FuR 02, 59 (67).

<sup>704</sup> Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 17.

zwischenzeitlicher gemeinsamen Sorge (beides von § 1671 BGB erfasst<sup>705</sup>) dem vorgeschlagenen Konzept. Damit werden Ungleichbehandlungen vermieden<sup>706</sup>, sodass der Alternativvorschlag auch darin seine Rechtfertigung findet.

#### *cccc) Vergleich zum Reformansatz des § 1626 a II - alternativ*

Diese Ausgestaltung wählt im Vergleich zu § 1626 a II - alternativ (s.o.) bewusst einen abweichenden Kindeswohlmaßstab. Zwar geht es dort ebenso um die Ersetzung der verweigerten Zustimmung der Mutter, jedoch ist die damit entstehende Sorgerechtsverteilung anders. Während es über § 1626 a BGB zur Begründung einer gemeinsamen Sorge kommt, führt § 1672 BGB zu einem Alleinsorgewechsel. Das Kind verliert damit einen Sorgeberechtigten vollständig und sieht sich regelmäßig mit einem Platzierungswechsel konfrontiert. Diese Kindeswohlgesichtspunkte und das Elternrecht der Mutter rechtfertigen daher, im Rahmen eines Alleinsorgewechsels erhöhte Anforderungen an die Ersetzung zu stellen. Anders als bei § 1626 a II - alternativ ist es nicht ausreichend, wenn die Sorgeabänderung dem *Kindeswohl am besten entspricht*, sondern es muss gefordert werden, dass der Sorgewechsel aus *triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist*<sup>707</sup>.

### **bb) Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidungskompetenz**

Unabhängig von dem Zustimmungserfordernis der Mutter und deren Ersetzungsmöglichkeit, ist darüber hinaus das Erfordernis der gerichtlichen Entscheidungskompetenz in § 1672 I BGB kritisch zu beurteilen.

#### *aaa) Ausgangspunkt*

Dabei ist zu beachten, dass in den Fällen des § 1672 BGB *allein der Konsens* der Eltern für eine Sorgerechtsabänderung nicht ausreicht, sondern darüber hinaus eine positive Kindeswohlprüfung erforderlich ist. Damit räumt der Gesetzgeber den Gerichten eine Entscheidungs- und eine Überprüfungskompetenz ein und unterscheidet diese Konstellation bewusst mit anderen *einverständlichen* Sorgerechtsabänderungen durch die Eltern.

#### *bbb) Vergleichsmaßstab*

Zunächst gilt dies im Vergleich mit der Begründung eines gemeinsamen Sorgerechts nach § 1626 a BGB, wonach allein die beiderseitige Abgabe einer Sorgeerklärung ausreichend ist und damit weder eine gerichtliche Entscheidung noch eine gerichtliche Kontrolle besteht<sup>708</sup>. Ferner ist gemäß § 1671 II Nr. 1 BGB bei bestehender gemeinsamer Sorge der Eltern, unabhängig davon, ob diese mittels vor- oder nachgeburtlicher Heirat oder Sorgeerklärung

---

<sup>705</sup> Palandt/Diederichsen § 1671 Rdn. 1; Coester FamRZ 95, 1245 (1247).

<sup>706</sup> Vgl. Coester FamRZ 95, 1245 (1248); eine Ungleichbehandlung sieht Coester (Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 4 f) nach geltendem Recht darin, dass für die Sorgerechtsübertragung von einer Alleinsorge auf die andere im Gesetz unterschiedliche Anforderungen aufgestellt werden. Differenziert wird danach, ob sich eine ursprüngliche gemeinsame Sorge (ggfs. auch nach § 1626 a I BGB) über § 1671 I BGB zur Alleinsorge verwandelt hat und diese Alleinsorge nun gewechselt werden soll. Abänderungsgrundlage dafür ist § 1696 BGB. Für den inhaltlich gleichen Wechsel einer Alleinsorge zu einer anderen ist, soweit nach § 1626 a I BGB niemals ein gemeinsames Sorgerecht begründet wurde, abweichend davon gemäß § 1672 BGB die Zustimmung der Mutter und die Kindeswohlbedienlichkeit Voraussetzung. Coester hält diese Unterscheidung als verfehlt und begründet dies damit, dass die Anknüpfung an die ursprüngliche Sorgerechtsverteilung nach § 1626 a BGB den nichtverheirateten sorgerechtslosen Vater benachteilige. Einerseits wirkt sich dies in dem Zustimmungserfordernis negativ aus. Andererseits sind die Übertragungsvoraussetzungen aber auch bei einem Konsens unterschiedlich, da zwar § 1696 BGB insoweit teleologisch eingeschränkt wird, aber maximal (insoweit strittig, vgl. FbN. 749) eine negative Kindeswohlkontrolle gefordert wird.

<sup>707</sup> Ebenso Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 39.

<sup>708</sup> Vgl. Staudinger/Coester § 1626 a Rdn. 31; MüKo/Huber § 1626 a Rdn. 17.

entstanden ist<sup>709</sup>, die Vereinbarung einer Alleinsorge allein durch Konsens möglich, soweit nicht ein beachtenswerter Widerspruch eines Kindes entgegensteht. Abweichend von § 1626 a BGB ist hier - wie bei § 1672 BGB - allerdings eine gerichtliche Entscheidung erforderlich. Jedoch besteht im Unterschied zu § 1672 BGB keine positive, sondern bei Konsens keine und ohne Konsens eine abgeänderte Kindeswohlprüfungskompetenz<sup>710</sup>.

Dadurch wird deutlich, dass der Gesetzgeber im Anwendungsbereich des § 1672 BGB den elterlichen Konsens *allein* nicht ausreichen lassen will, von der Notwendigkeit einer Richtigkeitskontrolle ausgeht und daran, trotz Konsens, strengere Anforderungen stellt.

Das Erfordernis der gerichtlichen Kontrolle ist vom Gesetzgeber (nur) bei § 1626 a BGB für entbehrlich gehalten worden<sup>711</sup>. Eine derartige Ausgestaltung wird dort ausdrücklich abgelehnt, da ansonsten ein Misstrauen gegenüber unverheirateten Eltern, welche die elterliche Sorge teilen wollen, aufrechterhalten und damit rechtliche Unterschiede zu verheirateten Eltern fortbestehen würden.

Bei dem Wechsel der elterlichen Sorge nach §§ 1671, 1672 BGB stellt sich die Situation dagegen anders dar. Eine gerichtliche Kontrolle - mit noch zu untersuchenden verschiedenen materiellen Maßstäben - wird vom Gesetzgeber für erforderlich angesehen, da ein Verlust des Sorgerechts nur auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung möglich sein soll<sup>712</sup>.

### **ccc) Rechtfertigung**

Im Vorfeld der Kindschaftsrechtsreform<sup>713</sup> wurde diese Zwischenschaltung der Gerichte - unabhängig ihrer materiellen Prüfungskompetenz - insgesamt in Frage gestellt und mit dem Hinweis auf die elterliche Entscheidungsautonomie gefordert, dass eine staatliche Intervention erst bei einer Kindeswohlgefährdung stattfinden dürfe (entsprechend § 1666 BGB)<sup>714</sup>.

Ein elterlicher Konsens habe demnach stets staatlichen Maßnahmen vorzuziehen. Die staatliche Überprüfungs- und Entscheidungskompetenz im Rahmen des Sorgerechts könne daher als Eingriff in das Elternprimat nur gerechtfertigt sein, wenn dies aus dem staatlichen Wächteramt geboten ist. Dies richtet sich nach Art. 6 II (2) GG, sodass staatliche Eingriffe nur stattfinden dürfen, wenn ansonsten eine Kindeswohlgefährdung droht. Dementsprechend müsste die Gestaltungsmacht der Eltern innerhalb der von § 1666 BGB bezeichneten Vertretbarkeitsgrenzen frei sein<sup>715</sup>.

In konsequenter Anwendung dieser Grundsätze wäre demnach das gerichtliche Entscheidungserfordernis (inklusive der jeweiligen Kontrollmaßstäbe) in §§ 1671, 1672 I, II und sogar in § 1696 BGB verfehlt<sup>716</sup>.

Dieser Ansatz berücksichtigt jedoch nicht in ausreichender Weise das Elternrecht. Dieses ist kein einseitiges Recht der Eltern, sondern steht stets dem Kindeswohl gegenüber<sup>717</sup> (sogenannte Elternverantwortung<sup>718</sup>). Aus dem staatlichen Schutzgebot des Art. 6 II (2) GG

<sup>709</sup> Palandt/Diederichsen § 1671 Rdn. 1; Coester FamRZ 95, 1245 (1247).

<sup>710</sup> Vgl. bspw. Staudinger/Coester § 1671 Rdn. 12, 153 ff.

<sup>711</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 59, entgegen eines derartigen Vorschlags des SPD; zustimmend Lipp FamRZ 98, 65 (72); Coester FamRZ 96, 1181 (1184).

<sup>712</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 62; vgl. Schlüter Rdn. 360.

<sup>713</sup> Kindschaftsrechtsreform von 1998, dazu BT-Drucks 13/4899.

<sup>714</sup> Coester FamRZ 96, 1181 (1181 ff); ders. DEuFamR 99, 3 (10); Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 13; ähnlich dt. Anwaltverein FamRZ 96, 1401 (1402); DFGT 97, 337 (340); Coester-Waltjen FS II S. 21 ff.

<sup>715</sup> Coester FamRZ 96, 1181 (1183 f, 1186).

<sup>716</sup> So explizit Coester FamRZ 96, 1181 (1186).

<sup>717</sup> Ähnlich kritisch Lipp FamRZ 98, 65 (71), der dies damit begründet, dass das Sorgerecht ein statusgebundenes Recht ist und insoweit nicht der Disposition der Eltern unterliegt.

<sup>718</sup> Vgl. oben Einl. zu B.



ergibt sich daher, dass es zumindest innerhalb des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers liegt<sup>719</sup>, privatautonome Regelungen daraufhin zu kontrollieren, ob sie dem Kindeswohl *nicht widersprechen*.

Innerhalb *dieses* Rahmens wird dies letztlich ebenso von den Vertretern der Gegenansicht anerkannt<sup>720</sup>.

Dementsprechend ist der Gesetzgeber in der Kindschaftsrechtsreform<sup>721</sup> dem Vorschlag nicht gefolgt und fordert für die Übertragung der Alleinsorge, trotz Einverständnis beider Eltern, eine gerichtlichen Entscheidung. Diese Ausgestaltung wird damit begründet<sup>722</sup>, dass in diesen Fällen das Kind einen Sorgeinhaber verliert und der Entzug elterlicher Sorge in der deutschen Rechtsordnung nur auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung möglich ist. Zum Teil wird auch auf die Trennung der Eltern verwiesen, wonach dies eine abstrakte Gefährdung des Kindeswohls begründet und damit eine staatliche Kontrolle zu rechtfertigen vermag<sup>723</sup>. Ferner ist dies wohl darauf zurückzuführen, dass diese Normen an §§ 1671, 1672 BGB a.F. anknüpfen und dort eine gerichtliche Entscheidung verfassungsrechtlich nicht beanstandet wurde<sup>724</sup>.

Des Weiteren räumt das geltende Recht bei § 1672 BGB, ebenso wie bei § 1671 II Nr. 2 BGB, dem entscheidenden Gericht eine materielle Prüfungskompetenz ein, infolgedessen eine gerichtliche Entscheidung auch aus diesem Grund erforderlich ist<sup>725</sup>. Dieses Argument allein ist jedoch nicht überzeugungskräftig, da diese Prüfungskompetenz selbst bezweifelt wird.

### **cc) Erfordernis der Kindeswohldienlichkeit**

Im Anschluss daran stellt sich demzufolge die Frage, ob neben der gerichtlichen Entscheidungsbedürftigkeit auch der materielle Prüfungsumfang der Norm gerechtfertigt ist. Hinsichtlich dieser Ausgestaltung des § 1672 I BGB wird erneut Kritik erhoben.

Untersucht werden muss daher, ob im Rahmen des § 1672 I BGB, bei elterlichem Konsens, nicht nur eine *negative*, sondern sogar eine *positive* Kindeswohlkontrolle Bestand haben kann.

Nicht zu verwechseln ist diese Fragestellung mit der obigen Diskussion, welcher Kindeswohlmaßstab für eine Ersetzung der verweigerten Zustimmung der Mutter erforderlich ist (**E.II.2.b.aa.ddd**). Im Folgenden geht es vielmehr um die Ausgestaltung der Kindeswohlprüfung *bei Konsens* der Eltern über den Alleinsorgewechsel nach § 1672 I BGB.

---

<sup>719</sup> Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 78.

<sup>720</sup> Diesen Gestaltungsspielraum erkennt letztlich auch Coester an, hält ihn aber nicht für konsequent umgesetzt. Insoweit kommt er richtigerweise zu dem Ergebnis, dass allenfalls eine Negativkontrolle des Staates zulässig ist, Staudinger/Coester § 1671 Rdn. 13 und § 1672 Rdn.12; vgl. ders. DEuFamR 99, 3 (10); dazu sogleich in **cc**.

<sup>721</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 10, 100 f.

<sup>722</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 62; vgl. Schlüter Rdn. 360.

<sup>723</sup> Schumann S. 322, 332.

<sup>724</sup> In Anbetracht der mit der Scheidung verbundenen Trennung (§ 1671 BGB a.F.) und damit auch für die Trennung an sich (§ 1672 BGB a.F.) konnte, nach Ansicht des BVerfG (FamRZ 82, 1179 (1182)), der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise anordnen, dass insoweit eine Entscheidung des Familiengerichts über das Sorgerecht nötig ist, da die häusliche Gemeinschaft der Eltern mit dem Kind endgültig aufgehoben wird. Diese Aussage ist jedoch nach geltendem Recht nur noch bedingt nutzbar, da für eine gemeinsame Sorge mittels Sorgeerklärungen (§ 1626 a II Nr. 1 BGB) ein Zusammenleben erst gar nicht erforderlich ist.

<sup>725</sup> Nicht zwingend und für eine überlastete Justiz nicht vorteilhaft ist die gerichtliche Entscheidungsbedürftigkeit daher im Rahmen von § 1671 II Nr. 1 BGB, wo bei Konsens der Eltern ein Anspruch auf die Sorgerechtsabänderungsentscheidung besteht und insoweit dem Gericht kein Prüfungsmaßstab zusteht. Denkbar wäre daher auch eine Regelung, die entsprechend § 1626 a II Nr. 1 BGB allein an die Abgabe von Sorgeerklärung abstellt, soweit kein beachtlicher Widerspruch des Kindes vorliegt.

### **aaa) Rechtsprechung BVerfG**

Bei der bereits kritisierten Entscheidung des BVerfG zu § 1672 I BGB stellte das Gericht ohne nähere Begründung in einem Nebensatz fest, dass neben der Zustimmung der Mutter auch die Voraussetzung der Kindeswohl dienlichkeit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist<sup>726</sup>. In diesem Zusammenhang wurde aber lediglich angeführt, dass § 1672 BGB zu einem Wechsel der Alleinsorge führt und damit, anders als bei Entstehung eines gemeinsamen Sorgerechts nach § 1626 a BGB, nicht zur Verfestigung der Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen beitragen kann und folglich keine Bedenken insoweit bestehen.

### **bbb) Kritik am BVerfG-Urteil und an der gesetzlichen Lage**

Da das Gericht die Verfassungsbeschwerde nicht angenommen und daher diesen Standpunkt nicht näher untersucht und begründet hat, wird dem entschieden widersprochen, da die verfassungsrechtliche Problematik nicht ansatzweise erkannt worden sei<sup>727</sup>.

Insbesondere wurde nicht näher erörtert, dass gemäß § 1672 I BGB, im Unterschied zu § 1671 BGB und § 1672 II BGB, die Sorgerechtsübertragung dem Kindeswohl *dienen* muss.

Folglich werden in den Regelungen der §§ 1671 ff BGB bewusst unterschiedliche Anforderungen an das Kindeswohl gestellt. Während § 1671 II Nr. 1 BGB ganz auf eine derartige Kontrolle verzichtet, muss nach § 1671 II Nr. 2 BGB die Übertragung dem Kindeswohl *am besten entsprechen* und in § 1672 I und II BGB wird einerseits gefordert, dass die Übertragung dem Kindeswohl *dient* (I) und andererseits dem Kindeswohl *nicht widerspricht* (II).

In dieser unterschiedlichen Ausgestaltung wird teilweise ein verfassungswidriger Wertungswiderspruch angenommen<sup>728</sup>, teilweise aber auch bezweifelt, ob damit, trotz unterschiedlicher Formulierung sachlich verwertbare Unterschiede aufgestellt werden<sup>729</sup>.

Die Gesetzesbegründung selbst geht allerdings von unterschiedlichen Maßstäben aus und versucht diese Ausgestaltung sachlich zu rechtfertigen<sup>730</sup>.

### **ccc) Rechtfertigungsversuche**

In der Literatur wird zum Teil angeführt, dass es keinen Unterschied machen könne, ob von dem gemeinsamen Sorgerecht zur Alleinsorge übergegangen (§ 1671 BGB) oder ob der allein sorgeberechtigte Elternteil ausgewechselt werden soll (§ 1672 I BGB)<sup>731</sup>.

Dabei wird aber übersehen<sup>732</sup>, dass im ersten Fall ein bereits zuvor sorgeberechtigter Elternteil weiterhin sorgeberechtigt bleibt, während bei der Auswechslung eines Alleinsorgeberechtigten das Kind seinen bisherigen Sorgerechtsträger verliert und einen vollkommen neuen Sorgerechtsträger erhält. Damit ist oftmals ein Platzierungswechsel des Kindes verbunden. Folglich ist es gerechtfertigt, an die Ausgestaltung der §§ 1671 f BGB unterschiedliche Maßstäbe zu stellen.

Diese Argumentation greift der Gesetzgeber jedoch nicht auf, sondern begründet die strengere Ausgestaltung des § 1672 I BGB mit der besondere Konfliktlage bei § 1671 BGB, die es

<sup>726</sup> BVerfG FamRZ 03, 1447 (1448).

<sup>727</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 2; Coester FamRZ 04, 87 (88).

<sup>728</sup> Rauscher Rdn. 1013; Coester FamRZ 95, 1245 (1247); ders. DEuFamR 99, 3 (8); Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 12; wobei über eine verfassungskonforme Auslegung eine unterschiedliche Anwendung letztlich doch vermieden wird; ähnlich Johannsen/Henrich/Jaeger § 1672 Rdn. 7.

<sup>729</sup> Palandt/Diederichsen § 1672 Rdn. 4.

<sup>730</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 100 ff.

<sup>731</sup> Coester FamRZ 95, 1245 (1247); Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 12.

<sup>732</sup> A.A. Coester FamRZ 95, 1245 (1247), der diesen Gesichtspunkt insoweit jedoch übersieht.

erforderlich macht, dort geringere Anforderungen an die Sorgerechtsänderung zu stellen<sup>733</sup>. Ohne die Abänderung nach § 1671 BGB besteht dort eine gemeinsame Sorge fort, was zu einer nachteiligen Auswirkung auf das Kind führen kann, wenn sich die Eltern bei Sorgeentscheidung nur selten einigen können<sup>734</sup>.

Aber auch im Vergleich zu § 1672 II BGB ist die strengere Anforderung des § 1672 I BGB nach Ansicht des Gesetzgebers begründet<sup>735</sup>, da dort das Kind, anders als bei § 1672 I BGB, durch die Begründung der gemeinsamen Sorge keinen Sorgeinhaber verliert, sondern einen zusätzlichen Sorgeinhaber erhält.

Diese Argumentation über die verschiedenen Konfliktlagen vermag allerdings nicht zu überzeugen, da damit nur begründet werden kann, warum bei § 1671 und § 1672 II BGB nicht auf die Kindeswohl dienlichkeit abgestellt wird, sich aber daraus noch keine Begründung ergibt, warum dies bei § 1672 I BGB erforderlich sein soll<sup>736</sup>.

#### **ddd) Bedeutung des elterlichen Konsens**

Beachtet werden muss dagegen, dass im Falle des § 1672 I BGB ein Konsens der Eltern vorliegt und sie daher in übereinstimmender Weise von ihrem Elternrecht aus Art. 6 II GG Gebrauch machen<sup>737</sup>. Daher ist aus diesem Grund das Erfordernis der *positiven* Kindeswohl dienlichkeit kritisch zu sehen.

Nach geltendem Recht würde eine Sorgerechtsabänderung demnach nur stattfinden, wenn die Übertragung dem Kindeswohl *dient*. Folglich müsste das Kind beim Vater besser als bei der Mutter untergebracht sein<sup>738</sup>. Demgemäß wäre ein Antrag der Eltern abzulehnen, wenn trotz deren Konsens auch nur annähernd gleichwertige Verhältnisse bestehen.

Im Hinblick darauf wird vertreten, dass eine solche Ausgestaltung dem Vorrang der elterlichen Verantwortung widerspricht<sup>739</sup>. Nach dieser Ansicht gibt Art. 6 II GG den Eltern

---

<sup>733</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 101; i.E. zustimmend Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 7, Lipp FamRZ 98, 65 (73).

<sup>734</sup> Nach Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 12 wird dieses Argument als Eilbedürftigkeit der Entscheidung verstanden und kritisiert. Die Gesetzesbegründung selbst führt das Argument aber nicht als Problem der Eile, sondern der Gefahr, dass mangels Konsens nötige Entscheidungen nicht getroffen werden, an.

<sup>735</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 101.

<sup>736</sup> Kritisch gesehen werden muss daneben die bestehende Umgehungsmöglichkeit hinsichtlich der Anforderungen des § 1672 I BGB, welche der Gesetzgeber selbst auch erkannt hat (BT-Drucks 13/4899 S. 101). Möglich ist für die Eltern zunächst kontrollfrei Sorgeerklärungen (§ 1626 a BGB) abzugeben und gemeinsames Sorgerecht zu erlangen und im Anschluss daran, ebenfalls kontrollfrei, einen Antrag auf Übertragung der Alleinsorge auf den Vater zu stellen (§ 1671 II Nr. 1 BGB). Dies hat der Gesetzgeber aber als hinnehmbar angesehen, da die Umgehung als selten zu erwarten eingeschätzt wurde. Diese Auffassung ist aber bedenklich. Selbstverständlich wird ein Anwalt seinen Mandanten die Umgehungsmöglichkeit aufzeigen, wobei dieser kraft der Gesetzesbegründung auch noch darauf hingewiesen wird (Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 13; Coester DEuFamR 99, 3 (8); FfN. 68); Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 8; Rauscher Rdn. 1013; Finger ZfJ 00, 183 (185). Als alternativer Ansatz wäre daher denkbar, auch im Rahmen des § 1672 II Nr. 1 BGB darauf abzustellen, dass die Sorgeänderung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Dagegen kann jedoch wiederum eingewandt werden, dass gegen den Willen der Parteien ein gemeinsames Sorgerecht nicht aufrechterhalten werden soll, da die Gefahr der Entscheidungshemmung mangels Konsens besteht. Da seit Einführung der Norm sich in der Praxis keine missbräuchliche Ausnutzung der Norm feststellen ließ, scheint die gesetzliche Lage daher weiterhin hinnehmbar zu sein.

<sup>737</sup> Allgemein zur elterlichen Entscheidungsautonomie: Bubenbender AcP 197 (1997) 197 ff; Coester FamRZ 96, 1181 (1181 ff); Fegeler S. 31 ff.

<sup>738</sup> Coester FamRZ 95, 1245 (1247); dazu auch die Vorgabe des Gesetzgebers, wonach es zu einem Wechsel nur kommen soll, wenn dies überwiegende Vorteile für das Kind bietet, BT-Drucks 13/4899 S. 101; zur Dienlichkeit: Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 11; MüKo/Finger § 1672 Rdn. 28; Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 6; FamRefK/Rogner § 1672 Rdn. 9;

<sup>739</sup> Coester FamRZ 95, 1245 (1247); ders. FamRZ 96, 1181 (1187); ders. FamRZ 04, 87 (88); ders. DEuFamR 99, 3 (8); ders. RdJB 96, 430 (432); so auch DFGT FamRZ 97, 337 (341); Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 12;

das Primärzuweisungsrecht hinsichtlich der elterlichen Sorge, infolgedessen bei einer übereinstimmenden Entscheidung der Eltern bezüglich der Sorgerechtsverteilung kein Raum für eine *positive* staatliche Richtigkeitskontrolle mehr besteht.

Ein derartiges Primat der Eltern wurde vom BVerfG explizit für nacheheliche Sorgerechtsgestaltungen bejaht<sup>740</sup> und auf einvernehmliche außereheliche Sorgerechtsgestaltungen ausgedehnt<sup>741</sup>. In beiden Entscheidungen des BVerfG standen aber lediglich gesetzliche Regelungen zur Untersuchung, die ein gemeinsames Sorgerecht per se verhinderten. Den Urteilen ist somit keine Aussage zu entnehmen, welche materiellen Voraussetzungen Normen an die Erlangung einer Alleinsorge stellen dürfen (§§ 1671, 1672 BGB).

Wie sich aus diesen Entscheidungen dennoch ergibt, geht das BVerfG von einem Vorrang der Eltern als Erziehungsträger aus<sup>742</sup>. Demgemäß ist bei Eingriffen in das Elternrecht dies im Rahmen der Rechtfertigung zu berücksichtigen.

Falls sich die Eltern nicht über das Sorgerecht einigen können, besteht kein derartiger Vorrang und der Staat muss einen Ausgleich der widerstreitenden, eigenständig verfassungsrechtlich geschützten Interessen herbeiführen. Daher ist er insoweit nicht an die strengen Voraussetzungen gebunden, die für eine Rechtfertigung eines Eingriffs in das elterliche Erziehungsrecht vorliegen müssen (Art. 6 II (2) GG)<sup>743</sup>.

Soweit dagegen eine elterliche Einigkeit besteht, bedarf es einer Schlichtung widerstreitender Interessen nicht. Ein Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern darf demgemäß nur stattfinden, wenn das staatliche Wächteramt dies aus Kindeswohlgesichtspunkten erfordert (s.o. **B.III**)<sup>744</sup>. Das Kindeswohl kann einen Eingriff jedoch nur erfordern, wenn anderenfalls dem Kindeswohl *widersprochen* wird. Dass der Eingriff nur dem Kindeswohl *dient*, genügt nach Art. 6 II (2) GG gerade nicht<sup>745</sup>.

Daher überzieht das Erfordernis der staatlichen Richtigkeitskontrolle die Eingriffsvoraussetzungen des Art. 6 II (2) GG. Demzufolge ist nur eine *Negativkontrolle* zu rechtfertigen, mittels der überprüft werden kann, ob die Sorgerechtsabänderung dem Kindeswohl *nicht widerspricht*<sup>746</sup>.

#### *eee) Systemkonformität*

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch, wenn man die vorliegende Situation mit anderen einverständlichen Sorgerechtsabänderungen durch die Eltern vergleicht.

---

Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 7; Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 78; Rauscher Rdn. 1013; FamRefK/Rogner § 1672 Rdn. 13; ähnlich Johannsen/Henrich/Jaeger § 1672 Rdn. 7.

<sup>740</sup> BVerfG FamRZ 82, 1179 (1182), in dieser Entscheidung wird aber nur ausgesagt, dass das Gesetz geschiedenen Eltern die Beibehaltung der gemeinsamen Sorge ermöglichen muss.

<sup>741</sup> BVerfG FamRZ 91, 913 (913 ff), in dieser Entscheidung wird aber nur bestätigt, dass das Gesetz den nichtehelichen Eltern ermöglichen muss, ein gemeinsames Sorgerecht zu erlangen, wenn dies ihrem gemeinsamen Willen und dem Kindeswohl entspricht. Hinsichtlich einer staatlichen Überprüfungscompetenz wird jedoch keine Aussage getroffen.

<sup>742</sup> Vgl. BVerfG FamRZ 91, 913 (913 ff); BVerfG FamRZ 82, 1179 (1182), wonach die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts in erster Linie dem Schutz des Kindes dient und auf dem Grundgedanken beruht, dass „in aller Regel den Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution.“; so insb. auch Coester FamRZ 95, 1245 (1247); ders. FamRZ 96, 1181 (1182 f).

<sup>743</sup> BVerfG FamRZ 71, 424 (425); BVerfG FamRZ 82, 1179 (1182).

<sup>744</sup> BVerfG FamRZ 71, 424 (425); BVerfG FamRZ 82, 1179 (1182).

<sup>745</sup> Coester FamRZ 96, 1181 (1183); ders. FamRZ 95, 1245 (1247); Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 78.

<sup>746</sup> Coester FamRZ 04, 87 (88); ders. FamRZ 95, 1245 (1247); ders. FamRZ 96, 1181 (1187); so auch DFGT FamRZ 97, 337 (341); Rauscher Rdn. 1013; FamRefK/Rogner § 1672 Rdn. 13; Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 7; Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 12; Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 78; ähnlich Johannsen/Henrich/Jaeger § 1672 Rdn. 7.

Soweit nicht §§ 1626 a II Nr. 1, 1671<sup>747</sup>, 1672<sup>748</sup> BGB Anwendung finden, richtet sich die Abänderung regelmäßig nach § 1696 BGB. Wie anerkannt ist, werden die dort geforderten *triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründe* bei einem elterlichen Konsens eingeschränkt ausgelegt. Infolgedessen kann dem elterlichen Konsens *allenfalls* (insoweit strittig<sup>749</sup>) dann nicht entsprochen werden, wenn dies *dem Kindeswohl widersprechen würde*. Diese eingeschränkte Auslegung des § 1696 BGB führt zur Ablehnung eines weiteren gesetzlichen Begründungsversuchs. Der Gesetzgeber hielt bei § 1672 I BGB eine *positive* Kindeswohlkontrolle für erforderlich<sup>750</sup>, da anderenfalls die damit entstehende Alleinsorge des nichtehelichen Vaters stabiler wäre als die der Mutter. Während die der Mutter nach § 1672 I BGB abgeändert werden kann, ist die des Vaters nur mittels § 1696 BGB zu korrigieren, welcher dem Wortlaut nach strengere Anforderungen aufstellt. Bei dieser Begründung übersieht der Gesetzgeber allerdings, dass § 1696 BGB jeweils normbezogen ausgelegt wird (s.o.) und sich an die jeweilige Ausgangsentscheidung anpasst. Darüber hinaus dürfen gerichtliche Sorgeentscheidungen aus Kontinuitätsgründen eine gewisse Bindung<sup>751</sup> aufweisen.

#### **dd) Erfordernis der Trennung**

Neben dieser Problematik der gerichtlichen Entscheidungs- und Überprüfungskompetenz ist im Rahmen des § 1672 I BGB ferner das Erfordernis der Trennung kritisch zu sehen. Entsprechend diesem Erfordernis ist während einer bestehenden nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Wechsel der Alleinsorge der Mutter zum Vater ausgeschlossen.

#### **aaa) Kritik**

Diese Anforderung begründet der Gesetzgeber damit, dass es für das Kind keinen Vorteil bringt, wenn die Mutter sich ihres Sorgerechts entledigen könne, obwohl sie nach der Lebenserfahrung überwiegend die tatsächliche Personensorge ausübt<sup>752</sup>. Eine Einbindung des Vaters über das gemeinsame Sorgerecht ist vorzuziehen, da das Kind auf diesem Wege einen Sorgeberechtigten hinzugewinnt, ohne dass die Pflichten des anderen Elternteils wegfallen.

Coester kritisiert dies und wendet gegen die erste Gesetzesbegründung ein, damit einem Häufigkeitstypus normative Kraft beizumessen. Der zweiten Gesetzesargumentation ist seiner Ansicht nach entgegenzuhalten, dass es hier nicht um einen Verlust, sondern um einen Austausch eines Elternteils gehe, da der Verlust der Mutter durch den Gewinn des Vaters ausgeglichen wird. Im Gegensatz dazu führt der Übergang von gemeinsamer Sorge zu Alleinsorge nach § 1671 II Nr. 1 BGB zu einem echten Elternverlust, obwohl das Gesetz insoweit von voller Elternautonomie ausgeht.

---

<sup>747</sup> Äußerst strittig dabei ist das Verhältnis von § 1671 BGB und § 1696 BGB, wenn das gemeinsame Sorgerecht auf einer Gerichtsentscheidung beruht, vgl. dazu m.w.N. Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 16.

<sup>748</sup> Problematisch ist insb. das Verhältnis von § 1672 II BGB zu § 1696 BGB, dazu sogleich (ff).

<sup>749</sup> Die Bindung an den elterlichen Konsens ist im Rahmen der Abänderung einer Entscheidung des § 1671 BGB über § 1696 BGB umstritten, wobei teilweise eine strikte Bindung gefordert wird, richtigerweise aber eine negative Kindeswohlkontrolle anzuwenden ist, vgl. m.w.N. Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 60 f. insb.: richtigerweise bejahend Schwab FamRZ 98, 457 (471), verneinend Bubenbender AcP 197 (1997), 179 (213, 221). - Anders dagegen im Rahmen der Abänderung einer Entscheidung nach § 1672 BGB, wonach zwar die Abänderungsgrundlage umstritten ist (§ 1672 II oder § 1696 BGB - dazu FbN. 748), aber einheitlich eine negative Kindeswohlkontrolle anerkannt ist, vgl. m.w.N. Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 91 f; dazu auch Huber FamRZ 99, 1625 (1628); Ewers FamRZ 99, 577 (578).

<sup>750</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 101; dem folgend Ewers FamRZ 99, 477 (478).

<sup>751</sup> Sorgerechtsentscheidungen erwachsen zwar nicht in Rechtskraft (BGH NJW-RR 86, 1130), jedoch ist dem Schutz der neu geordneten Familie, dem Kontinuitätsinteresse des Kindes und dem Rechtsfrieden nachzukommen, indem gewisse materielle Abänderungsvoraussetzungen nötig sind, Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 42 f; Ewers FamRZ 99, 477 (478).

<sup>752</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 100.

Infolgedessen hält Coester die Beschränkung der Norm auf getrenntlebende Eltern als verfehlt<sup>753</sup>.

### **bbb) Rechtfertigung**

Zumindest letzterer Argumentation ist zu widersprechen, da der Austausch zwar nicht die Anzahl der Sorgeberechtigten reduziert, aber doch faktisch den Verlust einer konkreten sorgeberechtigten Person bedeutet.

Des Weiteren darf nicht übersehen werden, dass sich diese Problematik bei verheirateten Eltern ebenfalls wiederfindet, da diese während ihres Zusammenlebens eine Alleinsorge ebenso wenig vereinbaren können.

Soweit die Eltern zusammenleben, kann von einer gegenseitigen Übereinstimmung und von einer grundsätzlich einvernehmlichen Ausübung der gemeinsamen Sorge ausgegangen werden. Diese grundsätzliche Übereinstimmung bezüglich der Sorgerechtsausübung reicht aus, da das Gesetz für Meinungsverschiedenheiten in einzelnen Angelegenheiten selbst Lösungswege vorgibt (insbesondere nach § 1628 BGB). Da bei vorliegendem Konsens der Eltern dem Kindeswohl am besten das gemeinsame Sorgerecht entspricht<sup>754</sup>, ist dem gesetzgeberischen Ansatz daher zuzustimmen. Das Sorgerecht soll einem Elternteil nur dann abgesprochen werden, wenn dies aus Kindeswohlgesichtspunkten erforderlich ist<sup>755</sup>. Eine Entledigung des Sorgerechts allein auf Wunsch eines oder beider Elternteile ist nicht geboten<sup>756</sup>, da das Sorgerecht nicht nur ein Recht sondern auch eine Pflicht ist<sup>757</sup>.

### **ee) Zwischenergebnis**

Diesen Erörterungen zufolge ist das Vetorecht der Mutter verfehlt. Dagegen kann die Entscheidungskompetenz der Gerichte selbst aufrechterhalten werden, soweit dabei ihre Prüfungskompetenz auf eine negative Kindeswohlkontrolle begrenzt wird. Ferner hat das Erfordernis der Trennung seine Rechtfertigung.

### **ff) Abänderung nach § 1672 II BGB**

Im Zusammenhang mit § 1672 I BGB steht § 1672 II BGB, der die Abänderung einer derartigen Sorgeverteilung regelt. § 1672 II (1) BGB ermöglicht die Wiederherstellung der *gemeinsamen* Sorge kraft Urteil und knüpft an § 1626 b III BGB an, wonach die autonome Herstellung der gemeinsamen Sorge durch Sorgeerklärung nach einer Gerichtsentscheidung nicht mehr möglich ist.

### **aaa) § 1672 II (1) BGB**

Richtigerweise ist die Norm überflüssig, da derartige Änderungen von § 1696 BGB erfasst werden<sup>758</sup>. Entgegen der Auffassung des Gesetzgebers<sup>759</sup> regelt § 1696 BGB auch Fälle, in denen mit der Änderungsentscheidung ein Zustand herbeigeführt wird (hier: gemeinsame Sorge), der mit der Erstentscheidung (nach § 1672 I BGB) nicht hätte ausgesprochen werden

<sup>753</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 6; hinsichtlich dieser Argumentation ebenso Rauscher Rdn. 1011, FbN. 268.

<sup>754</sup> BVerfG FamRZ 81, 429 (429 ff); BVerfG FamRZ 90, 487 (487 ff), BVerfG FamRZ 89, 31 (31 ff); so auch BT-Drucks 13/4899 S. 63; Coester FamRZ 95, 1181 (1183).

<sup>755</sup> So auch Rauscher Rdn. 1011, FbN. 268, wonach ein Austausch der Sorgeberechtigten nur zur Disposition der Eltern steht, wenn auf Grund einer Lebenssituation (wie bei § 1672 BGB das Getrenntleben) den Eltern die Einschätzung überlassen werden muss, ob eine Alleinsorge dem Kindeswohl am besten entspricht.

<sup>756</sup> Rauscher Rdn. 1011.

<sup>757</sup> Vgl. bspw. BVerfG NJW 94, 1645 (1646); vgl. dazu schon unter **D.II.1.a** und Einl. zu **B**.

<sup>758</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 2, 18 ff und § 1696 Rdn. 18 ff - „konzeptioneller Fehlgriff“; Palandt/Diederichsen (61. A.) § 1672 Rdn. 16 - „Musterfall überflüssiger legislatorischer Pedanterie“; Büdenbender AcP 197 (1997), 213 (221 f); DFGT FamRZ 97, 337 (341); Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 15; Rauscher Rdn. 1013; Coester DEuFamR 99, 3 (14); kritisch auch Finger StAZ 03, 225 (226).

<sup>759</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 101.

können. Anderenfalls hätte es ebenso im Rahmen des § 1671 BGB einer derartigen Norm bedurft, wenn die dadurch entstandene Alleinsorge wieder zu einer gemeinsamen Sorge zurückgeführt werden soll<sup>760</sup>. Diese Abänderungen werden jedoch von § 1696 BGB erfasst<sup>761</sup>. Ferner würde mit der Anwendung des § 1696 BGB bei Abänderung einer gerichtlichen Sorgeentscheidung ein inhaltlicher identischer Prüfungsmaßstab sichergestellt, wobei darauf zu achten ist, dass die danach zu fordernden *triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründe* normbezogen auszulegen sind<sup>762</sup>. Insbesondere bei elterlichem Konsens ist dem maßgebliches Gewicht beizumessen (s.o.)<sup>763</sup>.

Dabei befremdet es nicht, dass zugunsten einer Alleinsorge eines Elternteils nach § 1671 II Nr. 1 BGB keine materielle Überprüfungsbefugnis des Gerichts besteht, aber § 1672 II BGB sowie § 1696 BGB dies für die Entstehung einer gemeinsamen Sorge vorsehen<sup>764</sup>. In diesen Fällen geht es sowohl um die Abänderung einer Gerichtsentscheidung, welche eine überprüfbare Abänderungsschwelle erforderlich macht<sup>765</sup>, als auch um die Begründung einer gemeinsamen Sorge. Diese führt zu der Gefahr der Hemmung nötiger Entscheidungen mangels Konsens, was sich oftmals schon in der Vergangenheit als problematisch erwiesen hatte, da es ansonsten selten zu einem Alleinsorgewechsel gekommen wäre.

### **bbb) § 1672 II (2) BGB**

Nicht nur überflüssig sondern auch missverständlich ist § 1672 II (2) BGB, der insbesondere nicht einen Rückwechsel von väterlicher zu mütterlicher Alleinsorge nach § 1672 II (1) BGB regelt, sondern es insoweit bei der Anwendung des § 1696 BGB belässt<sup>766</sup>. § 1672 II (2) BGB soll nur klarstellen, dass Sorgeerklärungen der Eltern nicht ausreichen, wenn nach einer Rückübertragung der alleinigen Sorge auf die Mutter zur gemeinsamen Sorge gewechselt werden will<sup>767</sup>. Vielmehr bedarf die Erlangung der gemeinsamen Sorge einer Gerichtsentscheidung, wobei es allerdings nicht der positiven Kindeswohlkontrolle nach § 1672 I BGB bedarf, sondern entsprechend § 1672 II (1) BGB genügt, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht.

Verfehlt und verfassungsrechtlich nicht tragbar ist es, aus § 1672 II (2) BGB einen qualifizierten Mutternvorrang abzuleiten und die Kindeswohl dienlichkeit als ständige Bestandsvoraussetzung für die väterliche Alleinsorge zu fordern<sup>768</sup>. Eine solche Auslegung

---

<sup>760</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 18 f; Bührenbender AcP 197 (1997), 213 (221); Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 15 und § 1696 Rdn. 10; Huber FamRZ 99, 1625 (1626); Ewers FamRZ 99, 477 (479).

<sup>761</sup> Palandt/Diederichsen § 1696 Rdn. 2, 7; Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 16; Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 15; Schwab FamRZ 98, 457 (471); Ewers FamRZ 99, 477 (479).

<sup>762</sup> Palandt/Diederichsen § 1696 Rdn. 6 ff; Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 42 ff; Rauscher Rdn. 1013.

<sup>763</sup> Coester DEuFamR 99, 3 (14); dies gilt insb. im Bereich der Abänderung einer Entscheidung nach § 1671 BGB; Palandt/Diederichsen § 1696 Rdn. 6 ff, 22; Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 19, wobei umstritten ist, ob dem Gericht bei vorliegendem Konsens daneben noch eine Negativkontrolle zusteht und damit die Entscheidung darauf zu überprüfen ist, ob sie dem Kindeswohl widerspricht, m.w.N. Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 60 ff, insb.: richtigerweise bejahend Schwab FamRZ 98, 457 (471); verneinend Bührenbender AcP 197 (1997), 213 (221); - ebenso Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 15 und § 1696 Rdn. 10, mit dem Hinweis, dass anderenfalls verfassungsrechtlich bedenklich § 1672 II BGB geringere Anforderungen stellt, als die Abänderung einer Entscheidung von § 1671 BGB nach § 1696 BGB; vgl. Huber FamRZ 99, 1625 (1628); Ewers FamRZ 99, 577 (578).

<sup>764</sup> Kritisch insoweit Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 18 f; ebenso mit einem Vergleich zu § 1626 a BGB, Will ZfJ 98, 309 (312).

<sup>765</sup> Vgl. Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 42 ff.

<sup>766</sup> Vgl. Coester DEuFamR 99, 3 (13) FbN. 156; die Norm falsch interpretierend: Bührenbender AcP 197 (1997) 197 (213) und Lipp FamRZ 98, 65 (73).

<sup>767</sup> BT-Drucks 14/4899 S. 101.

<sup>768</sup> So Ewers FamRZ 99, 477 (478), der die Ansicht vertritt, dass der Rückwechsel von der Alleinsorge des Vaters zu der Mutter stattzufinden hat, wenn das Kind bei der Mutter bereits genauso gut aufgehoben ist und

entbehrt jeglicher gesetzgeberischen Absicht und widerspricht auch der grundsätzlichen Gleichwertigkeit beider Elternteile<sup>769</sup>.

### c) Reformansatz

Entsprechend dieser Kritik werden diese Normen regelmäßig verfassungskonform einschränkend ausgelegt. Um die vorhandenen Meinungsstreitigkeiten in der Literatur zu beseitigen und eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten ist über eine Überarbeitung der Normen nachzudenken. Insbesondere hinsichtlich der gerichtlichen Ersetzbarkeit der mütterlichen Zustimmungsverweigerung im Rahmen des § 1672 I BGB ist dies zwingend geboten, da wegen des eindeutigen Wortlauts der Norm und der klaren gesetzgeberischen Absicht eine verfassungskonforme Auslegung insoweit nicht möglich ist.

Im Rahmen einer Reform ist § 1671 BGB beizubehalten, da er eine gerechtfertigte Differenzierung vornimmt.

Bei einverständlicher Abänderung der gemeinsamen Sorge zu der Alleinsorge eines Elternteils (§ 1671 I Nr. 1 BGB) ist auf eine staatliche materielle Kontrolle weiterhin zu verzichten, da der elterliche Konsens und der Erhalt eines sorgeberechtigten Elternteils einen staatlichen Eingriff nach Art. 6 II (2) GG nicht zu rechtfertigen vermag<sup>770</sup>.

Derweil erfolgt bei der Sorgerechtsabänderung nach § 1671 I Nr. 2 BGB ein staatlicher Entzug des Sorgerechts eines Elternteils, sodass für die Rechtfertigung des Eingriffs eine höhere Schwelle erforderlich ist. Die Entstehung der Alleinsorge eines Elternteils, verbunden mit dem ungewollten Verlust des Sorgerechts des anderen Elternteils, ist nur gerechtfertigt, wenn dies dem *Wohl des Kindes am besten entspricht*.

Reformbedürftig ist dagegen die Ausgestaltung des § 1672 BGB.

Zur Wahrung des verfassungsrechtlich garantierten Elternrechts des Vaters ist in § 1672 I BGB zunächst eine Ersetzungsmöglichkeit einer verweigerten Zustimmung der Mutter einzuführen und diese zu ermöglichen, soweit es aus *triftigen, das Kindeswohl nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist*.

Darüber hinaus sind die materiellen Anforderungen der Norm bei *einverständlicher* Sorgerechtsübertragung zu ändern. Da in diesen Fällen das Kind seine Mutter als bisherige Sorgeberechtigte verliert und der Vater das Sorgerecht erhält, der dieses zuvor nicht, nicht einmal gemeinsam mit der Mutter, ausgeübt hat, ist eine staatliche Kontrolle beizubehalten. Wegen der ungerechtfertigten Differenzierung und den überhöhten Anforderungen ist § 1672 I BGB aber dergestalt abzuändern, dass dem Antrag bereits dann stattzugeben ist, wenn die Übertragung dem *Wohl des Kindes nicht widerspricht*. Das Erfordernis der Kindeswohl dienlichkeit ist daher aufzugeben. Diese Abänderung bietet den Vorteil, dass es obiger Kritik nachkommt und sich in den Wertungskontext einfügt. Insbesondere besteht damit eine einheitliche Anforderung im Vergleich zu § 1672 II BGB, wobei dieser bei einer durchzuführenden Reform allerdings selbst ersatzlos zu streichen ist.

Darüber hinaus ergibt sich hinsichtlich der §§ 1678 ff BGB, die im Folgenden (D.II.3) noch überarbeitet werden, eine systemgerechte Anpassung.

---

daher das Sorgerecht des Vaters dem Kind nicht weiterhin überwiegend Vorteile bietet. Dabei wird aber insb. der Grundsatz der Erziehungskontinuität vollständig verkannt.

<sup>769</sup> Staudinger/Coester § 1696 Rdn. 20.

<sup>770</sup> Zu der damit verbundenen fortbestehenden Umgehungsmöglichkeit des § 1672 I BGB s. FbN. 736.



Dementsprechend ergibt sich:

**§ 1671 - unverändert;**

**§ 1672 - alternativ:**

**I (1) - unverändert;**

**I (2) - alternativ:**

*Dem Antrag ist stattzugeben, soweit die Übertragung dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.*

**II (1) und (2) - ersatzlos zu streichen und alternativ einzuführen:**

*Die Zustimmung der Mutter nach Absatz 1 Satz 1 kann gerichtlich ersetzt werden, soweit dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist.*

#### **d) Zulässigkeit von partiellen Sorgeentscheidungen**

In diesem Regelungsvorschlag ist die Zulässigkeit von Teilsorgerechtsentscheidungen beinhaltet.

Nach § 1672 I (2) BGB geltender Fassung ist dem Übertragungsantrag des Vaters, bei Zustimmung der Mutter, nur stattzugeben, *wenn* die Übertragung gerechtfertigt ist.

Es fragt sich daher, ob das Gericht dem Antrag auch nur teilweise stattgeben kann. Nach dem differenzierten Gesetzeswortlaut zu § 1671 II, III BGB<sup>771</sup> (...stattzugeben, *soweit*....) scheint der Gesetzgeber diese Möglichkeit nicht eröffnen zu wollen<sup>772</sup>.

Dies ist richtigerweise abzulehnen<sup>773</sup>. Die gesetzliche Ausgestaltung dürfte vielmehr auf eine Unaufmerksamkeit zurückzuführen sein. Dasselbe Ergebnis kann erreicht werden, indem das Gericht dem Antragssteller eine Einschränkung seines Antrags empfiehlt und infolgedessen diesem geänderten Antrag vollständig entsprechen kann. Darüber hinaus sind keinerlei Kindeswohlgesichtspunkte ersichtlich, welche den Unterschied zu § 1671 BGB erklären könnten<sup>774</sup>. Soweit die Mutter dem Übertragungsantrag zugestimmt hat, kann von ihrem Einverständnis zu einer Teilübertragung ebenso ausgegangen werden. Mögliche Abweichungen, wie Kooperationsprobleme bei Aufspaltung des Sorgerechts, können ausreichend im Rahmen der Kindeswohlprüfung berücksichtigt werden. Folglich sollte die teilweise Stattgabe des Antrags des Vaters nicht von vornherein ausgeschlossen werden<sup>775</sup>.

Im Rahmen einer durchzuführenden Reform (s.o.) ist deshalb eine Klarstellung angebracht.

Um die nötige Flexibilität zu gewährleisten und insbesondere dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit<sup>776</sup> nachzukommen, ist eine derartige partielle Sorgerechtsverteilung ebenso im Rahmen der Einwilligungsersetzung der Mutter zu

<sup>771</sup> Ähnlich in § 1672 II BGB (in S. 1 *wenn*; in S. 2 *soweit*), wobei dies wegen der hier vertretenen Streichung der Norm letztlich unerheblich ist.

<sup>772</sup> So Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 15.

<sup>773</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 15; Bamberger/Roth/Veit § 1672 Rdn. 10; Johannsen/Henrich/Jaeger § 1672 Rdn. 4.

<sup>774</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 15.

<sup>775</sup> Staudinger/Coester § 1672 Rdn. 15, der zusätzlich differenziert, ob ein Sorgeübertragungsantrag oder ein Teilsorgeübertragungsantrag teilweise stattgegeben werden soll. Bei letzterem bestehen regelmäßig weniger Bedenken an einer Teilstattgabe, da die Eltern selbst eine Aufspaltung des Sorgerechts beantragt haben und sich daher zu einer gegenseitig partiellen Alleinsorgverteilung und der damit verbunden Kooperation in der Lage sehen.

<sup>776</sup> Vgl. zu dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei Alleinsorge contra gemeinsamer Sorge, BVerfG FamRZ 04, 1015 (1016).

ermöglichen. Die Ersetzung hat daher nur zu erfolgen, *soweit* dies aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt ist.

### **3) Abänderung der Alleinsorge durch Ersatzeintritt nach §§ 1678 II, 1680 II (2), III, 1681 I BGB**

Bei den Vorschriften, welche bei Ausfall der Mutter den Sorgerechtsübergang auf den bisher sorgerechtslosen Vater regeln, besteht eine ähnlich unangemessene Rechtslage.

#### **a) Rechtliche Lage bei Ersatzeintritt in die elterliche Sorge**

Gemäß §§ 1678 II, 1680 II (2), III, 1681 I BGB ist die Übertragung der Alleinsorge auf den nichtverheirateten, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslosen Vater möglich, wenn die Sorge der Mutter auf Grund deren Todes, Verschollenheit, Sorgerechtsentzugs oder dauerhaften Ruhens endet.

Im Gegensatz zum automatischen Fortbestand des (nunmehrigen Allein-) Sorgerechts beim verbleibenden Elternteil in den Fällen des vorherigen gemeinsamen Sorgerechts (§§ 1678 I, 1680 I, III, 1681 I BGB), ist in den Fällen der vorherigen Alleinsorge eine gerichtliche Übertragungsentscheidung nötig (§§ 1678 II, 1680 II, III, 1681 I BGB).

Dabei differenzieren die Normen in diesen Konstellationen, ob die vorherige Alleinsorge des anderen Elternteils auf §§ 1671, 1672 BGB beruht oder ihren Ausgangspunkt in § 1626 a II BGB genommen hat.

Im ersten Fall finden sich teilweise eigenständige Normen in diesem Regelungskomplex (§ 1680 II (1) und § 1681 I BGB), teilweise aber auch bewusste Regelungslücken, um auf die Anwendung des § 1696 BGB zurückgreifen zu können (so § 1678 und § 1680 III BGB)<sup>777</sup>.

Hinsichtlich der nichtverheirateten, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslosen Väter sind dagegen umfassende Sonderregeln vorsehen (§§ 1678 II, 1680 II (2), III, 1681 BGB).

Diese unterschiedliche Ausgestaltung führt dementsprechend zu unterschiedlichen Übertragungsvoraussetzungen.

#### **aa) Vorherige Alleinsorge nach §§ 1671, 1672 BGB**

Unübersichtlich und in der Differenzierung fragwürdig sind dabei die Fälle, in denen die ursprüngliche Alleinsorge aus §§ 1671, 1672 BGB hervorgeht.

Während § 1680 II (1) BGB und die Verweisung darauf in § 1681 I BGB diese Konstellationen ausdrücklich eigenständig regeln und für die Sorgeübertragung fordern, dass diese dem Kindeswohl *nicht widerspricht*, sehen § 1678 BGB und die eingeschränkte Verweisung in § 1680 III BGB diesen Fall nicht vor und begründen die Anwendbarkeit von § 1696 BGB<sup>778</sup>. Nach dem Wortlaut dieser Norm müsste die Übertragung *aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen* angezeigt sein.

Dass diese Anforderung überzogen ist und vom Gesetzgeber nicht so beabsichtigt war, ist grundsätzlich anerkannt. Folglich wird die Norm in diesen Fällen einschränkend ausgelegt (dazu sogleich).

---

<sup>777</sup> So explizit BT-Drucks 13/4899 S. 102 f; so auch Palandt/Diederichsen § 1680 Rdn. 5 und § 1678 Rdn. 12; MüKo/Finger § 1678 Rdn. 10 und § 1680 Rdn. 15; Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 14, 35 und § 1680 Rdn. 19 sowie § 1696 Rdn. 22, 24, 93 f; Rauscher Rdn. 986 ff.

<sup>778</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 102 f; weitere Nachweise in Rdn. 775.

## **bb) Vorherige Alleinsorge nach § 1626 a II BGB**

Abweichend davon bestehen für die Fälle der vorherigen Alleinsorge der Mutter nach § 1626 a II BGB eigenständige Sonderregeln. Gemäß §§ 1678 II, 1680 II (2), III, 1681 I BGB ist es nicht ausreichend, wenn die Sorgerechtsübertragung dem Kindeswohl *nicht widerspricht*, sondern es wird gefordert, dass die Sorgerechtsübertragung *dem Kindeswohl dient*.

### **b) Kritik**

Es wird daher explizit danach unterschieden, ob es um die Sorgerechtserlangung eines bisher nach § 1626 a II BGB sorgerechtlosen Vaters oder um die Sorgerechtserlangung eines Elternteils, welcher auf Grund der Anwendung von §§ 1671, 1672 BGB sein Sorgerecht verloren hat, geht. Im letzteren Fall wird innerhalb der einzelnen Abänderungsnormen noch weiter differenziert und unterschiedliche Kindeswohlmaßstäbe angelegt.

Diese unterschiedlich ausgestaltete Rechtslage ist in sich widersprüchlich und verfassungsrechtlich kritisch.

## **aa) Kritik zu der Regelung bei vorheriger Alleinsorge nach §§ 1671, 1672 BGB**

Dies gilt zunächst für die Fälle, in denen die Alleinsorge nach §§ 1671, 1672 BGB begründet wurde, da der teilweise angeordnete Rückgriff auf § 1696 I BGB, bei wortlautgetreuer Anwendungen, zu einer nicht gerechtfertigten Differenzierung führt.

### ***aaa) Ausgangspunkt der Kritik***

Es ist nicht haltbar, dass einerseits gemäß § 1680 II (1) und § 1681 BGB die Sorgerechtsübertragung dem Kindeswohl *nicht widersprechen* darf und andererseits § 1678 BGB sowie § 1680 III BGB über die wortlautgetreue Anwendung des § 1696 I BGB fordern würden, dass die Übertragung *aus triftigen, das Wohl des Kindes nachhaltig berührenden Gründen angezeigt* sein muss.

Dass insoweit die Anforderungen des § 1696 I BGB überhöht sind, ergibt sich bereits aus der Gesetzesbegründung, wonach eine Sorgerechtsübertragung im Regelfall befürwortet wird, soweit von einer Abänderung im Interesse des Kindes nicht ausnahmsweise abzusehen ist<sup>779</sup>.

Dies entspricht auch dem Primat der Elternverantwortung, da bei Ausfall eines Elternteils der andere Elternteil einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf Übertragung der Sorge hat, der nur durch entgegenstehende Kindesinteressen begrenzt wird (Art. 6 II (2) GG)<sup>780</sup>.

Darüber hinaus kann es nicht überzeugen, wenn höhere Anforderungen an das Kindeswohl für den Ausfallgrund der Geisteskrankheit und des Sorgerechtsentzugs (§ 1673 I i.V.m. § 1678 BGB beziehungsweise § 1680 III BGB je i.V.m. § 1696 BGB) als an den des Todes und der Todeserklärung (§§ 1680 II (2), 1681 I BGB) gestellt werden<sup>781</sup>.

Ferner würde mit einer wortlautgetreuen Anwendung dieser Normen der gesetzgeberische Wille unterlaufen. Diese Regelungen stehen im Zusammenhang mit den Fällen des Ausfalls der allein sorgeberechtigten Mutter nach § 1626 a II BGB, bei denen der Gesetzgeber mit dem Erfordernis der Kindeswohldienlichkeit erweiterte Anforderungen stellen wollte (§§ 1678 II, 1680 II (2), III, 1681 I BGB)<sup>782</sup>. Dementsprechend widerspricht es dieser klaren

<sup>779</sup> BT-Drucks 8/2788 S. 75; kritisch auch Schwab/Wagenitz FamRZ 97, 1377 (1380).

<sup>780</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 15 sowie § 1696 Rdn. 93.

<sup>781</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 16; so auch Lipp/Wagenitz § 1678 Rdn.2; Rauscher Rdn. 987, 990; Bamberger/Roth/Veit § 1678 Rdn. 7; Schwab/Wagenitz FamRZ 97, 1377 (1380) - a.A. Ewers FamRZ 99, 477 (477), der versucht diese unterschiedliche Ausgestaltung damit zu rechtfertigen, dass es eine erneute Abänderung im Falle des Todes nicht geben kann und damit geringere Anforderungen zu stellen sind.

<sup>782</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 102 f.

gesetzgeberischen Absicht, wenn mittels § 1696 BGB triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe gefordert werden<sup>783</sup>.

### **bbb) Stellungnahme**

Daher ist die wortlautgetreue Anwendung des § 1696 I BGB insoweit überzogen und bedarf einer einschränkenden Auslegung. Dies ist in der Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt. Allerdings ist es streitig, welcher Maßstab an die Kindeswohlkontrolle zu stellen ist. In Bezug auf den Regelungskontext wird teilweise eine positive, teilweise eine negative Kindeswohlkontrolle gefordert.

Soweit eine positive Kindeswohlkontrolle für richtig erachtet wird<sup>784</sup>, würde eine Sorgerechtsübertragung nur stattfinden, wenn diese dem Kindeswohl *dient*.

Eine derartige Anforderung ist abzulehnen, da dies wieder zu einer ungerechtfertigten Differenzierung im Vergleich zu §§ 1680 II (1), 1681 I BGB, mit ihrer negativen Kindeswohlkontrolle, führen würde. Ferner würde dies bedeuten, dass in diesen Fällen dieselben materiellen Anforderungen wie bei §§ 1678 II, 1680 II (2), III, 1681 I BGB bestehen würden. Diese Normen wurden jedoch explizit für die Alleinsorge nach § 1626 a II BGB geschaffen und sollten als Sonderregel erhöhte Anforderungen begründen<sup>785</sup>. Das vom Gesetzgeber bewusst aufgestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis würde damit durchbrochen und die bewusst geschaffenen Differenzierungen hinfällig.

Demzufolge kann nur eine Negativkontrolle im Lichte des Kindeswohls gerechtfertigt werden. Die Sorgerechtsübertragung hat demnach stattzufinden, wenn dies dem Kindeswohl *nicht widerspricht*<sup>786</sup>. Diese Ausgestaltung entspricht §§ 1680 II (1), 1681 I BGB, wodurch die nötige Einheitlichkeit gewahrt wird und eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung vermieden werden kann. Ferner stimmt dies mit der rechtlichen Lage vor der Kindschaftsrechtsreform überein, wonach § 1678 II BGB a.F. diese Fälle regelte und nur eine negative Kindeswohlkontrolle forderte. Die damalige Reform sollte keine materielle Änderung bedingen, sondern lediglich eine Kürzung des Gesetzes herbeiführen<sup>787</sup>. Darüber hinaus wird nur eine derartige Ausgestaltung den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht, wonach bei Ausfall eines Elternteils der andere Elternteil einen Anspruch auf Sorgerechtsübertragung hat und ein Eingriff in dieses Recht nur in entgegenstehenden Kindesinteressen seine Rechtfertigung nach Art. 6 II (2) GG finden kann. Folglich besteht nur für eine Negativkontrolle die verfassungsrechtliche Rechtfertigung<sup>788</sup>.

### **bb) Kritik zu der Regelung bei vorheriger Alleinsorge nach § 1626 a II BGB**

Aber auch die diesbezüglichen Sonderregeln für den nichtverheirateten, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslosen Vater sind bedenklich ausgestaltet. Gemäß §§ 1678 II, 1680 II (2), III, 1681 I BGB ist für die Sorgerechtsübertragung jeweils eine positive Kindeswohlprüfung erforderlich.

---

<sup>783</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 17; AnwK/WiedenlÜbbert § 1678 Rdn. 7; Rauscher Rdn. 987, 990; Huber FamRZ 99, 1625 (1627); Coester DEuFamR 99, 3 (9) FfN. 69.

<sup>784</sup> Palandt/Diederichsen § 1678 Rdn. 12; FamRefK/Rogner § 1678 Rdn. 6; AnwK/WiedenlÜbbert § 1678 Rdn. 7; kritisch insoweit MüKo/Finger § 1678 Rdn. 10.

<sup>785</sup> Nach der abweichenden Ansicht wird die eigenständige Regelung für die Fälle der Alleinsorge nach § 1626 a BGB damit gerechtfertigt, dass insoweit § 1696 BGB nicht eingreifen kann, da die Sorgerechtszuweisung im Gegensatz zu §§ 1671, 1672 BGB dort von Gesetz wegen erfolgt, so Palandt/Diederichsen § 1678 Rdn. 12.

<sup>786</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 15, 19, 35, § 1680 Rdn. 22, § 1696 Rdn. 93 f; Coester FamRZ 95, 1245 (1248); Rauscher Rdn. 987, 990; so wohl i.E. auch MüKo/Finger § 1678 Rdn. 10; Bamberger/Roth/Veit § 1678 Rdn. 7; Huber FamRZ 99, 1625 (1627 f).

<sup>787</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 102; dazu ausführlich Huber FamRZ 99, 1625 (1627).

<sup>788</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 15; Rauscher Rdn. 987, 990.

### **aaa) Ausgangspunkt der Kritik**

Diese Voraussetzung begründet sich noch auf einer misstrauischen Abwehrhaltung des Gesetzgebers gegenüber nichtverheirateten Vätern und stellt für solche, die nach § 1626 a BGB sorgerechtlos sind, erhöhte Anforderungen auf. Die Abgrenzung zwischen interessierten sorgerechtswürdigen Vätern und desinteressierten Vätern nimmt der Gesetzgeber demzufolge danach vor, ob diese zu keiner Zeit Inhaber des Sorgerechts waren.

Dabei wird übersehen, dass eine derartige Ausgestaltung zu unangemessenen Diskriminierungen führt und nicht gerechtfertigt ist<sup>789</sup>.

### **bbb) Rechtfertigungsversuch des Gesetzgebers**

Der Gesetzgeber versucht die gesetzliche Ausgestaltung derart zu begründen<sup>790</sup>, dass anders als bei der kraft Ehe oder kraft Sorgeerklärung entstandenen gemeinsamen Sorge der Eltern, bei der Alleinsorge der Mutter nach § 1626 a II BGB, der Vater häufig wenig oder gar keinen Kontakt zu dem Kind gehabt hat. Dies soll einen erhöhten Prüfungsmaßstab mit positiver Kindeswohlkontrolle erforderlich machen. Ferner sollen sich Zweifel hinsichtlich des Kindeswohls zum Nachteil des nichtehelichen Vaters auswirken.

### **ccc) Stellungnahme**

Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen.

In dieser Ausgestaltung liegt eine sachliche Ungleichbehandlung im Vergleich zu verheirateten Elternteilen mit und ohne Sorgerecht, zu nichtverheirateten Elternteilen mit Sorgerecht, als auch hinsichtlich nichtverheirateten Elternteilen, die zwischenzeitlich im Besitz eines Sorgerechts waren und dieses wiederum verloren haben.

In all diesen Fällen greifen die Sonderregelungen nicht ein, da sie ihren Anknüpfungspunkt an der Sorgerechtsverteilung nach § 1626 a II BGB haben. Da damit aber nicht zwingend eine andere Beständigkeit der Eltern-Kind-Beziehung verbunden ist, bestehen Bedenken. Allein aus ihrer rechtlichen Stellung heraus ist nicht sichergestellt, ob und inwieweit diese Elternteile sich tatsächlich um ihr Kind kümmern. Auch diese Elternteile können von ihrem Kind einen derartigen Abstand gewonnen haben und entfernter zu dem Kind stehen als nichtverheiratete, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslose Väter<sup>791</sup>. Beispielhaft seien nur die Fälle erwähnt, wenn sich der Ehemann bereits vor der Geburt des Kindes trennt und sämtlichen Kontakt abbricht oder sich ein nichtverheirateter, nach § 1626 a II BGB sorgerechtsloser Vater langfristig tatsächlich um das Kind kümmert.

Darüber hinaus kann den betroffenen Vätern der fehlende Erwerb des Sorgerechts oftmals nicht vorgehalten werden. Dies kann darauf zurückzuführen sein, dass die Eltern, obwohl sich der nichteheliche Vater dauerhaft um sein Kind kümmert, an die Abgabe einer Sorgeerklärung nicht dachten oder die Mutter auf ihre Alleinsorge nicht verzichten wollte. Gerade im

---

<sup>789</sup> Coester FPR 05, 60 (65); ders. FamRZ 95, 1245 (1247); ders. DEuFamR 99, 3 (9); ders. RdJB 96, 430 (433); DFGT FamRZ 97, 337 (341); Palandt/Diederichsen § 1680 Rdn. 2 und § 1678 Rdn. 10, 12; Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 18, 29, § 1680 Rdn. 14, 21; MüKo/Finger § 1678 Rdn. 12; AnwK/WiedenlÜbbert § 1680 Rdn. 3; kritisch Rauscher Rdn. 988; Rakete-Dombek FPR 05, 80 (82); Rixe FamRZ 04 1460 (1463); - a.A. FamRefK/Rogner § 1678 Rdn. 4, § 1680 Rdn. 6; Greßmann Rdn. 277, 279, 282; Baer DAVorm 96, 855 (859); Wichmann FuR 96, 161 (163); Schwenzer, Gutachten zum DJT, A 75; anders aber die Beschlüsse zum 59. DJT, die eine positive Kindeswohlprüfung nur für den Fall vorsahen, wenn eine soziale Eltern-Kind-Beziehung zum Vater nicht bereits besteht, FamRZ 92, 1275 (1277).

<sup>790</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 102; dem folgend Lipp FamRZ 98, 65 (74); ebenso FamRefK/Rogner § 1678 Rdn. 4, § 1680 Rdn. 6; Greßmann Rdn. 277, 279, 282; Baer DAVorm 96, 855 (859); Wichmann FuR 96, 161 (163); Schwenzer, Gutachten zum DJT, A 75.

<sup>791</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 18; MüKo/Finger § 1680 Rdn. 12; DFGT FamRZ 97, 337 (341); Coester FamRZ 95, 1245 (1248); Rauscher Rdn. 988; Rixe FamRZ 04, 1460 (1463); BVerfG FamRZ 06, 385 (386).

letzteren Fall ist dem Vater nach geltendem Recht, mangels durchsetzbarer Einflussmöglichkeit (s.o.), seine Sorgerechtslosigkeit nicht vorwerfbar<sup>792</sup>.

Die Ungleichbehandlung kann demgemäß nicht mit dem dauerhaften Sorgerechtsausschluss dieser Väter gerechtfertigt werden. Folglich ist das Differenzierungskriterium verfehlt und benachteiligt in ungerechtfertigter Weise die nichtverheirateten, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslosen Väter.

Eine derartige Ausgestaltung verletzt den nichtverheirateten Vater ferner in seinem Elternrecht aus Art. 6 II GG. Nachdem das Gesetz diesen Vätern bereits eine Sorgerechtsbeteiligung gegen den Willen der Mutter verwehrt (§§ 1626 a, 1672 BGB), gebietet das verfassungsrechtliche Elternrecht (Art. 6 II GG sowie Art. 8 und 14 EMRK<sup>793</sup>), dass er spätestens bei Ausfall der Mutter einen Anspruch auf Übertragung des Sorgerechts hat und dies nicht von der Kindeswohldienlichkeit abhängen darf<sup>794</sup>. Aus dem staatlichen Wächteramt ist allenfalls eine negative Kindeswohlkontrolle gerechtfertigt (Art. 6 II (2) GG).

Somit kann der Sorgerechtsübertragung nur eine negative Kindeswohlprüfung entgegenstehen, wonach die Übertragung stattzufinden hat, wenn das Kindeswohl dem *nicht widerspricht*<sup>795</sup>.

Dieses Ergebnis hat nunmehr das BVerfG in einer aktuellen Entscheidung bestätigt<sup>796</sup>. Demnach gebiete das Elternrecht aus Art. 6 II (1) GG eine Auslegung des § 1680 II (2) BGB, welche der primären Entscheidungszuständigkeit der leiblichen Eltern gerecht wird. Soweit ein nicht sorgeberechtigter Vater die elterliche Verantwortung zwar nicht rechtlich, aber in tatsächlicher Hinsicht übernommen hat, ist eine *Kindeswohldienlichkeit* anzunehmen, solange nicht konkret feststellbare Kindesinteressen der Übertragung *widersprechen*.

### c) Reformansatz

Um die aufgeworfene Ungleichbehandlung vollumfänglich zu beseitigen, bedarf es einer einheitlichen Anwendung der Sorgerechtsregeln. Zu befürworten ist ein Ansatz, der nicht an der sorgerechtlichen Stellung des Vaters ansetzt, sondern ausschließlich am Schutzbedürfnis des Kindes ausgerichtet ist<sup>797</sup>. Das Schutzbedürfnis eines jeden Kindes ist jedoch einheitlich und richtet sich nach den tatsächlich gelebten Verhältnissen. Daraus ergibt sich, dass die Anknüpfung an den Grund der Sorgerechtslosigkeit eines Elternteils verfehlt ist, soweit diese nicht auf eine Entscheidung nach §§ 1666, 1666 a BGB beruht.

---

<sup>792</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 18; MüKo/Finger § 1678 Rdn. 12; Palandt/Diederichsen § 1678 Rdn. 10; Coester FPR 05, 60 (65); Rauscher Rdn. 988; Rixe FamRZ 04 1460 (1463).

<sup>793</sup> Rixe FamRZ 04, 1460 (1463 f), der zugleich einen Verstoß gegen Art. 8 und 14 EMRK bejaht, da die hohe Hürde der Dienlichkeit den grundsätzlichen Anspruch auf Rückführung des Kindes zu seinen genetischen Eltern unverhältnismäßig einschränkt und die verantwortungsbereiten Väter und deren nichtehelichen Kinder, ohne das Vorliegen wichtiger Gründe, gegenüber geschiedenen Vätern und ihren Kindern ungleich zurücksetzt.

<sup>794</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 18 und 1680 Rdn. 14, 21; andeutungsweise auch Palandt/Diederichsen § 1678 Rdn. 10; Coester FamRZ 95, 1245 (1248); ders. FPR 05, 60 (65); ders. DEuFamR 99, 3 (9); ders. RdJB 96, 430 (433); ebenso Rixe FamRZ 04, 1460 (1463 f).

<sup>795</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 18 f, 29 und § 1680 Rdn. 14, 21; ähnlich Palandt/Diederichsen § 1678 Rdn. 8, wonach die Kindeswohldienlichkeit verfassungskonform auszulegen ist und insoweit mit einem Minimum an Dienlichkeit auskommt; ähnlich Rauscher Rdn. 988; Coester FPR 05, 60 (65); Bamberger/Roth/Veit § 1678 Rdn. 4; AnwK/Wiedenlübbert § 1680 Rdn. 3; MüKo/Finger § 1678 Rdn. 12.

<sup>796</sup> BVerfG FamRZ 06, 385 (386); dazu Finger FamRZ 06, 386 (386 f).

<sup>797</sup> So auch Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 18.

Die Literatur löst diese Problematik teilweise über eine verfassungskonforme Anwendung der Normen und prüft das Kindeswohl, gegebenenfalls abweichend vom entsprechenden Wortlaut, nach obigen Maßstäben<sup>798</sup>.

Um Meinungsstreitigkeiten und Missverständnisse zu vermeiden und um eine einheitliche Rechtsanwendung sicherzustellen, ist eine Reform der Normen vorteilhaft. Darüber hinaus erscheint eine entsprechende Auslegung problematisch, da sie sich bewusst gegen die legislative Begründung und den differenzierenden Wortlaut des Gesetzes stellt.

Folglich ist eine Gesetzesänderung geboten. In den angesprochenen Normen ist jeweils das Erfordernis der Kindeswohldienlichkeit zu streichen und dadurch zu ersetzen, dass die Sorgerechtsentscheidung dem Kindeswohl nicht widersprechen darf.

Daher ist an die folgende Ausgestaltung zu denken:

### **§ 1678 - alternativ:**

#### **I - alternativ:**

*Steht die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam zu und ist ein Elternteil tatsächlich verhindert diese Sorge auszuüben oder ruht die elterliche Sorge eines Elternteils, so übt der andere Teil die elterliche Sorge allein aus.*

#### **II - alternativ:**

*Steht die elterliche Sorge einem Elternteil nach §§ 1626 a II, 1671, 1672 allein zu und besteht keine Aussicht, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde, so hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem anderen Elternteil zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.*

### **§ 1680 - alternativ:**

#### **I - unverändert;**

#### **II (1) - alternativ:**

*Ist ein Elternteil, dem die elterliche Sorge nach §§ 1626 a II, 1671, 1672 allein zustand, gestorben, so hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem überlebenden Elternteil zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.*

#### **II (2) - ersatzlos zu streichen;**

#### **III - alternativ:**

*Absatz 1 und 2 gelten entsprechend, soweit einem Elternteil die elterliche Sorge entzogen wird.*

## **4) Abänderung einer erlangten gemeinsamen Sorge**

Soweit der Vater des Kindes an der gemeinsamen Sorge beteiligt wird, richtet sich eine Abänderung dieser Sorgerechtsverteilung einheitlich nach § 1671 BGB. Eine Unterscheidung danach, auf welche Weise die gemeinsame Sorge entstanden ist, findet nicht statt<sup>799</sup>.

---

<sup>798</sup> Staudinger/Coester § 1678 Rdn. 18 f, 29, 35 und § 1680 Rdn. 6 ff, 14, 19 ff; ebenso, aber inhaltlich mit anderen Maßstäben (s.o.); MüKo/Finger § 1678 Rdn. 10 ff und § 1680 Rdn. 8, 12 ff; Palandt/Diederichsen § 1678 Rdn. 8, 12 und § 1680 Rdn. 5.

<sup>799</sup> Umstritten ist lediglich das Verhältnis der Anwendung von § 1671 BGB und § 1696 BGB, wenn die Abänderung einer auf gerichtliche Entscheidung beruhende gemeinsame Sorge begehrt wird, vgl. Coester DEuFamR 99, 3 (14); dies ist bei nichtehelichen Vätern primär nicht der Fall, da die Begründung der gemeinsamen Sorge zunächst auf § 1626 a BGB beruht.

Eine ungerechtfertigte Differenzierung besteht demzufolge, unabhängig der sonst an § 1671 BGB ausgeübten Kritik<sup>800</sup>, nicht.

## **5) Name §§ 1616 ff BGB**

Das Namensrecht richtet sich nach § 1616 ff BGB. Zu unterscheiden ist dabei zwischen der Namensbestimmung bei der Geburt des Kindes (**a**), einer nachträglichen Namensänderung mittels Einbenennung (**b**) und einer Namensänderung in den Fällen der nachträglich erlangten Alleinsorge des nichtehelichen Vaters (**c**)<sup>801</sup>.

### **a) Geburtsname §§ 1617 f BGB**

Bei gemeinsamer Sorge kann der nichteheliche Vater zusammen mit der Mutter bestimmen, welchen (Familien-) Namen das Kind ab der Geburt tragen soll (§ 1617 BGB). Im Falle der Alleinsorge der Mutter erhält das Kind grundsätzlich ihren Namen (§ 1617 a I BGB). Mit Einwilligung des Vaters kann sie dem Kind auch dessen Namen zuweisen (§ 1617 a II BGB)<sup>802</sup>. Ein selbständiges Recht des nicht sorgeberechtigten nichtehelichen Vaters auf Weitergabe seines Namens besteht hingegen nicht.

Diese Regelung ist verfassungsrechtlich unproblematisch. Der oder die Sorgeberechtigte/n bestimmen auf Grund ihrer elterlichen Verantwortung den Namen des Kindes.

Der nicht sorgeberechtigte Vater ist dagegen ausreichend mit seinem Zustimmungserfordernis geschützt, wenn sein Name dem Kind übertragen werden soll<sup>803</sup>. Mangels Sorgeberechtigung hat er außerdem keinen eigenen Anspruch darauf, dem Kind seinen Namen zuzuweisen.

Die Anknüpfung des Namenszuweisungsrechts an die Alleinsorge stellt an sich keinen ungerechtfertigten Eingriff in das Elternrecht des anderen dar<sup>804</sup>, da eine Entscheidung zugunsten des Kindes getroffen werden muss und sich die diesbezügliche Zuständigkeit nachvollziehbarerweise nach der Sorgerechtsverteilung richtet. Darüber hinaus bestehen Korrekturmöglichkeiten nach § 1617 a II und §§ 1617 b I, 1617 c BGB.

Die Anknüpfung der Sorgerechtsverteilung an § 1626 a II BGB ist unproblematisch<sup>805</sup>. Verfassungsrechtliche Bedenken sind vielmehr gegen diese Norm selbst zu richten (**E.II.1**).

### **b) Einbenennung § 1618 BGB**

Das Recht der Einbenennung ermöglicht einem neu- oder wiederverheirateten Elternteil dem Kind den Ehenamen zuzuweisen<sup>806</sup>. Dies kann für das Kind, welches möglicherweise den Namen des nichtverheirateten Vaters geführt hat, nachträglich zu einem Namenswechsel führen. Dies wird damit gerechtfertigt, dass das Kind auch namentlich in die neue Familie

---

<sup>800</sup> Vgl. m.w.N. Staudinger/Coester § 1671 Rdn. 6 ff.

<sup>801</sup> Grundlegend zum Namensrecht Wagenitz S. 125 ff; Hepting FPR 02, 115 (115 ff); zur psychologischen Bedeutung der Namensänderung Salzgeber/Stadler/Eisenhauer FPR 02, 133 (133 ff).

<sup>802</sup> Anders noch der Alternativentwurf, nach dem die Zustimmung nicht nötig gewesen wäre, vgl. Walter FamRZ 95, 1538 (1543); kritisch auch Wesche RPflegler 96, 53 (56) wonach diese Alternative unsachgemäß sei.

<sup>803</sup> Unschlüssig ist jedoch, wieso insoweit ein Zustimmungserfordernis besteht, aber bspw. der Ehemann der Mutter nicht verhindern kann, dass dem nichtehelichen Kind der Frau mit einem Dritten sein Name zugewiesen wird, vgl. dazu m.w.N. Staudinger/Coester § 1617 a Rdn. 36, § 1617 c Rdn. 42.

<sup>804</sup> MüKo/v. Sachsen Gessaphe § 1617 a Rdn. 4; kritisch v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 GG Rdn. 80, in Bezug auf den Streit über die Versagung einer Namensänderung bei Tod eines Elternteils; dazu sogleich unter **E.II.5.c**.

<sup>805</sup> MüKo/v. Sachsen Gessaphe § 1617 a Rdn. 4.

<sup>806</sup> Allgemein dazu bspw. Gaaz FPR 02, 125 (125 ff); Zwißler FPR 04, 64 (64 ff).



integriert wird und die Herkunft des Kindes aus einer anderen oder unvollständigen Familie nicht mehr in Erscheinung treten soll.

Aus Sicht des Vaters stellt sich die Durchtrennung des namensrechtlichen Bandes zwischen ihm und seinem Kind als eine Schwächung ihrer Familienbeziehung dar<sup>807</sup>. Aus diesem Grund ist gemäß § 1618 (3) BGB für die Einbenennung die Einwilligung des sorgerechtslosen Vaters erforderlich, soweit das Kind zuvor seinen Namen geführt hat<sup>808</sup>. Falls dagegen das Kind nicht den Namen des Vaters trägt, ist eine Einwilligung des sorgerechtslosen Vaters nach § 1618 BGB (aus diesem Grund<sup>809</sup>) nicht nötig. Da ein namensrechtliches Band in diesem Fall nicht durchschnitten wird, ist dies aus Gründen der Verfassung oder der EMRK nicht zu fordern<sup>810</sup>. Der EGMR hat explizit zur deutschen Rechtslage entschieden, dass die Einbenennung keinen Eingriff in Art. 8 EMRK darstellt, wenn das Kind nicht zuvor den Namen des nicht sorgeberechtigten Elternteils getragen hat<sup>811</sup>.

Nach § 1618 (4) BGB ist eine notwendige Einwilligung ersetzbar, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist<sup>812</sup>. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Einbenennung, angesichts der Vielfalt der namensrechtlichen Möglichkeiten, wesentlich an Bedeutung verloren hat<sup>813</sup>. Aus diesem Grund ist die Ersetzung der Einwilligung nur noch in Ausnahmefällen zulässig<sup>814</sup> und muss für das Kindeswohl unabdingbar notwendig sein<sup>815</sup>. Im Rahmen dieser Prüfung sind die Interessen des Vaters zu berücksichtigen<sup>816</sup>, sodass eine Ersetzung regelmäßig ausscheidet, wenn eine tragfähige soziale Beziehung zwischen dem Vater und seinem Kind existiert<sup>817</sup>.

Folglich bestehen bei derartiger Rechtsanwendung keine Bedenken hinsichtlich der väterlichen Rechtsstellung.

### **c) Nachträglich erlangte Alleinsorge des nichtehelichen Vaters**

In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob entsprechend dem Sinn und Zweck des § 1618 BGB in ähnlichen Fällen eine analoge Anwendung befürwortet werden muss.

Zu denken ist insbesondere an Konstellation, in denen die sorgeberechtigte Mutter verstirbt, ihr die Sorge entzogen wird, ihre elterliche Sorge dauerhaft ruht und der Vater die Alleinsorge des Kindes nach §§ 1680 II (2), III, 1678 II BGB übernimmt.

---

<sup>807</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 92; Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 16.; vgl. EGMR FPR 04, 102 (103 - Petersen).

<sup>808</sup> Umstritten ist, ob bei Tod des zustimmenden Elternteils es aus diesem Grund einer Ersetzung nach § 1618 (4) BGB bedarf; dazu sogleich.

<sup>809</sup> Ein Einwilligungserfordernis besteht auch, wenn das Kind nicht den Namen des Vaters führt, dieser jedoch mitsorgeberechtigt ist. Grund hierfür ist jedoch nicht die Schutzbedürftigkeit des Vaters, sondern die damit verbundene Möglichkeit, die Einwilligung statt nach §§ 1628, 1687 BGB erleichtert nach § 1618 (4) BGB ersetzen zu können, Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 16; Gaaz FPR 02, 125 (129); Knittel FF 03, 14 (17).

<sup>810</sup> Brückner FPR 05, 200 (204); MüKo/v. Sachsen Gessaphe § 1618 Rdn.6; OLG Zweibrücken FamRZ 97, 696 (697).

<sup>811</sup> EGMR FPR 04, 102 (102 ff - Petersen); vgl. dazu Rixe FamRZ 02, 1017 (1017); OLG Zweibrücken FamRZ 97, 696 (698).

<sup>812</sup> Zur Eingriffsschwelle Gaaz FPR 02, 125 (132); Zwißler FPR 04, 64 (66); BT-Drucks 13/8511 S. 11, 73 f; anders noch BT-Drucks 13/4899 S. 8, 92; Staudinger/Coester § 1618 Rdn. 26 ff; MüKo/v. Sachsen Gessaphe § 1618 Rdn. 19 ff; Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 15 ff, je m.w.N..

<sup>813</sup> Hamm DAVorm 99, 787 (787); Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 18.

<sup>814</sup> Gaaz FPR 02, 125 (132); LG München NJW-RR 00, 667 (667); Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 17.

<sup>815</sup> BGH NJW 02, 300 (300); vgl. auch BGH FamRZ 02, 94 (94 f); 02, 1330 (1330); 02, 1331 (1331) sowie Motzer FamRZ 03, 793 (795); ders. FamRZ 04, 1145 (1147).

<sup>816</sup> BT-Drucks 13/8511 S. 74; Gaaz FPR 02, 125 (132); MüKo/v. Sachsen-Gessaphe § 1618 Rdn. 6; Staudinger/Coester § 1618 Rdn. 30.

<sup>817</sup> LG München FPR 03, 139 (139); BGH FamRZ 02, 94 (95); Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 17.

Es stellt sich daher die Frage, ob im Zusammenhang mit der Sorgerechtsübernahme die namensrechtliche Eingliederung des Kindes geboten und rechtlich zulässig ist.

### **aa) Ausgangspunkt**

Entsprechend dem Grundfall des § 1617 a I BGB wird das Kind oftmals den Namen der Mutter führen. Um auch namentlich eine Integration des Kindes in Bezug auf den Vater zu fördern, wird bei dessen Sorgerechtsübernahme teilweise eine analoge Anwendung des § 1618 BGB beziehungsweise des § 1617 b BGB oder des § 1617 a II BGB gefordert<sup>818</sup>. Begründet wird dies mit dem Hinweis auf die Rechtslage vor der Kindschaftsrechtsreform<sup>819</sup>, wo die Einbenennung durch den nichtehelichen Vater auch diese Konstellationen erfasste und der Gesetzgeber dies inhaltlich nicht verändern wollte.

Andere lehnen dagegen eine derartige Analogie ab und verweisen auf das Enumerationsprinzip, die Systematik der Normen und deren Entstehungsgeschichte<sup>820</sup>.

Teilweise wird in der Versagung auch ein unnötiger und damit verfassungsrechtlich ungerechtfertigter Eingriff in das Eltern- und Persönlichkeitsrecht des anderen Elternteils gesehen<sup>821</sup>.

### **bb) Stellungnahme**

Im Interesse des Kindes und des Vaters kann die formale Begründung mittels des Enumerationsprinzips nicht überzeugen. Die Ausgangslage ist dieselbe wie in § 1618 BGB, sodass aus Gründen des Kindeswohls und dem Bestreben nach einer Identität der Namen die bestehende Regelungslücke geschlossen werden sollte. Nur eine derartige Rechtsanwendung entspricht Art. 6 V GG und wird dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Gesetzgeber eine derartige Regelung (§ 1617 b II - RegE) für den Fall der nachträglichen Alleinsorge eines Elternteils - mit einer Ausnahme im Fall des § 1671 BGB - bereits vorgesehen, aber auf Bedenken des Rechtssausschusses hinsichtlich des Grundsatzes der Namenskontinuität zurückgenommen hat<sup>822</sup>.

Mangels Regelungslücke wird daher eine Analogie teilweise nur für den Fall einer konsentierten Namenserteilung durch beide Elternteile<sup>823</sup> und für den Fall des Sorgerechtsentzugs<sup>824</sup> befürwortet, teilweise aber auch ganz abgelehnt<sup>825</sup>.

---

<sup>818</sup> Für § 1618 BGB analog für den Fall des Sorgerechtsentzugs, LG Bremen NJW-RR 00, 669 (669); OLG Köln FamRZ 01, 1547 (1547 ff); für eine Analogie zu § 1617 a II BGB im Falle des Todes, MüKo/v. Sachsen-Gessaphe § 1617 a Rdn. 22 (vgl. aber dazu § 1617 c Rdn. 17); BayObLG FamRZ 05, 126 (127 ff); (ebenso für eine Analogie zu § 1617 a II BGB im Falle einer konsentierten Namensänderung BayObLG FamRZ 00, 1435 (1435 ff);) so zu verstehen auch v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 80; AnwK/Löhnig § 1617 a Rdn. 6 und § 1618 Rdn. 2; vgl. auch Staudinger/Coester § 1617 c Rdn. 36, welcher dort (sogar) für den Fall des Todes eines Ehegatten dem Überlebenden erlauben will, mit (Rück-) Änderung seines Namens (§ 1355 V BGB), im Interesse der Namens Einheit, auch den Kindesnamen abzuändern. Erst Recht muss dies dann für den nichtehelichen Vater gelten, der, anders als der Ehegatte, nicht die Möglichkeit besitzt, Namens Einheit mittels Beibehaltung des Ehenamens wahren zu können.

<sup>819</sup> So § 1618 I (1) Alt. 2 BGB a.F. vor der Kindschaftsrechtsreform von 1998, BT-Drucks 13/4899 S. 70.

<sup>820</sup> Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 5; Celle StAZ 02, 366 (366 ff); OLG Bremen FamRZ 03, 1687 (1687), Bamberger/Roth/Enders § 1617 a Rdn. 2, 8; Lipp/Wagenitz § 1617 a Rdn. 23; FamRefK/Wax § 1617 b Rdn. 16; kritisch, aber nach geltender Gesetzeslage i.E. ebenso, Staudinger/Coester § 1617 a Rdn. 6, 18, 21 ff; Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 5; vgl. auch BayObLG FamRZ 01, 49 (50).

<sup>821</sup> V. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 80; kritisch auch Staudinger/Coester § 1617 a Rdn. 23.

<sup>822</sup> So der Vorschlag in BT-Drucks 13/4899 S. 91 und Kritik des Rechtssausschusses in BT-Drucks 13/8511 S. 10, 73. § 1617 b II RegE lautete: „Wird in anderen Fällen als denen des § 1671 die alleinige Sorge eines Elternteils erst begründet, wenn das Kind bereits einen Namen führt, gilt Absatz 1 entsprechend.“

<sup>823</sup> Palandt/Diederichsen § 1617 a Rdn. 6; Bamberger/Roth/Enders § 1617 b Rdn. 8; Hepting FPR 02, 115 (120); BayObLG FamRZ 00, 1435 (1436); Celle StAZ 02, 11 (11); - a.A. Staudinger/Coester § 1617 a Rdn. 18, 21 ff.

Von Sinn und Zweck der Regelung müsste eine Analogie dagegen erst recht auf den Fall des Todes erstreckt werden, da dies die weitergehende und endgültigere Entscheidung ist. Im Gegensatz dazu besteht für die Fälle des Sorgerechtsentzugs und des Ruhens des Sorgerechts ein fortbestehendes Interesse des anderen Elternteils, die namentliche Verbindung aufrechtzuerhalten. Zwischenzeitlich ist deshalb versucht worden, auch für den Fall des Todes eine unbewusste Regelungslücke zu begründen<sup>826</sup>.

Unabhängig von der geltenden Gesetzeslage erscheint es deswegen vorzugswürdig, die Namensänderung grundsätzlich für alle Fälle der Sorgerechtsabänderung (außer den §§ 1671, 1672 BGB, dazu sogleich) zu ermöglichen, aber auf Ausnahmefälle zu beschränken.

Dem widerspricht auch nicht das Argument des Rechtssausschusses, dass eine Durchbrechung des Grundsatzes der Namenskontinuität nicht geboten erscheint<sup>827</sup>. Zu einer solchen Durchbrechung kommt es zwingend bei jeder Namensänderung nach §§ 1617 b, 1617 c, 1618 BGB. Dem Interesse auf Namenskontinuität ist vielmehr durch das Einwilligungsrechts des über fünf Jahre alten Kindes (unter Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter) Rechnung getragen worden, §§ 1617 b I (3, 4), 1617 c I (1, 2), 1618 (3) HS. 2, (6) BGB<sup>828</sup>.

### cc) Reformansatz

Im Rahmen eines Reformansatzes ist der Gedanke des § 1618 BGB zu berücksichtigen, wonach bei einer Einbenennung das Einverständnis desjenigen Elternteils notwendig ist, dessen Name das Kind führt und eine diesbezügliche Ersetzung unter erschwerten Bedingungen steht (s.o.), § 1618 (3) HS. 1, (4) BGB. Dieser Gedanke ist auf die vorliegenden Fälle zu übertragen. Der Verlust der namensmäßigen Verbindung ist demgemäß an ein Einverständnis des anderen Elternteils beziehungsweise dessen Einverständnisersetzung zu binden.

Ein Sonderfall besteht allerdings in den Fällen des Todes des einwilligungsberechtigten Elternteils. Bereits im Rahmen des geltenden § 1618 BGB ist umstritten, ob mit dem Tod das Einwilligungsrecht erlischt. Richtigerweise wird dies (inzwischen weitgehend) befürwortet, da mit dem Tod der Normzweck, die Wahrung der namensmäßigen Bindung zum Kind, hinfällig wird<sup>829</sup>. Demzufolge hat für die erweiterten Fälle entsprechendes zu gelten. Eine Klarstellung erscheint insoweit geboten.

Folglich ist es in diesen Fällen gerechtfertigt, eine Namensänderung grundsätzlich zu ermöglichen. Diese muss jedoch unter letztgenannten Bedingungen eingeschränkt und regelmäßig abgelehnt werden. Damit wird dem Interesse der Namenskontinuität ausreichend

---

<sup>824</sup> LG Bremen NJW-RR 00, 669 (669); wobei diese Begründung nicht überzeugen kann, da dieser Fall vom Gesetzesentwurf auch bereits erfasst war; ebenso OLG Köln FamRZ 01, 1546 (1547), wonach *in der Ablehnung* des Entwurfs nur noch auf den Todesfall Bezug genommen wird und andere Fälle damit übersehen wurden.

<sup>825</sup> Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 5; i.E. ebenso MüKo/v. Sachsen-Gessaphe § 1617 c Rdn. 17; Celle StAZ 02, 366 (366 ff); OLG Bremen FamRZ 03, 1687 (1687), Staudinger/Coester § 1617 a Rdn. 6, 18, 21 ff; Bamberger/Roth/Enders § 1617 a Rdn. 2; Lipp/Wagenitz § 1617 a Rdn. 23.

<sup>826</sup> So insb. BayObLG FamRZ 05, 126 (128), - aufgehoben jedoch durch BGH FamRZ 05, 1984 (1984 ff), dazu später.

<sup>827</sup> Kritisch zum Prinzip der Namenskontinuität, BayObLG NJW-RR 00, 669 (669).

<sup>828</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 91; zur gesetzlichen Vertretung vgl. bspw. Palandt/Diederichsen § 1617 c Rdn. 5.

<sup>829</sup> Zwißler FPR 04, 65 (66); Gaaz FPR 02, 125 (131); Staudinger/Coester § 1618 Rdn. 24; AnwK/Löhnig § 1618 Rdn. 9; MüKo/v. Sachsen-Gessaphe § 1618 Rdn. 18; FamRefK/Wax § 1618 Rdn. 5; inzwischen so auch Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 17 (anders noch 62. A.); OLG Zweibrücken FamRZ 00, 696 (696); OLG Stuttgart FamRZ 01, 566 (566); OLG Frankfurt FamRZ 02, 260 (260); BayObLG 02, 1734 (1734); BayObLG FamRZ 02, 1734 (1734); BayObLG FamRZ 05, 388 (388); - a.A. OLG Zweibrücken FamRZ 99, 1372 (1372); OLG Hamm StAZ 00, 213 (213); OLG Zweibrücken StAZ 00, 240 (240); OLG Celle StAZ 02, 366 (366 ff); ähnlich BayObLG FamRZ 00, 252 (252); - offen BayObLG StAZ 99, 240 (240); Lipp/Wagenitz § 1618 Rdn. 17.

Rechnung getragen, die nötige Flexibilität geschaffen und dem Kindeswohl am besten gedient.

Im Rahmen des geltenden Rechts hat der BGH dieser gerechtfertigten Forderung inzwischen (vorerst) ein Ende gesetzt<sup>830</sup>. Nach dessen Ansicht ist die gesetzliche Lage zwar zustimmenswerter rechtspolitischer Kritik ausgesetzt, aber ungeachtet dessen muss die ausdrückliche Wertentscheidung des Gesetzgebers berücksichtigt werden.

Da für eine Analogie demnach die Regelungslücke fehlt<sup>831</sup>, ist eine Gesetzesanpassung zu fordern.

Im Ergebnis ist der Gesetzesentwurf<sup>832</sup> zu § 1617 b BGB wieder aufzugreifen und mittels Einwilligungserfordernis und dementsprechender Ersetzungsmöglichkeit zu ergänzen sowie klarzustellen, dass dies unabhängig von der vorherigen Sorgerechtsverteilung gilt<sup>833</sup>.

Soweit man diesem Ansatz folgt und eine Namensabänderung bei Modifikation des Sorgerechts in Fällen der Trennung vermeiden will (so der damalige Ansatz, dazu sogleich), ist insofern eine Ergänzung vonnöten, als die Namensänderung nicht nur im Falle der Trennung nach § 1671 BGB ausgeschlossen ist, sondern systemgerecht ebenso wenig in den Fällen des § 1672 BGB zur Anwendung kommen kann.

Im Sinne der Gleichbehandlung und dem erklärten Ziel der Anpassung (s.o.) ist die Norm nicht nur in Bezug auf den Vater, sondern neutral auf jeden allein sorgeberechtigten Elternteil auszugestalten.

#### **§ 1617 b - alternativ:**

##### **Absatz 1 unverändert;**

##### **Absatz 2 - a neu:**

*Wird die alleinige Sorge eines Elternteils, unabhängig davon, ob zuvor eine Alleinsorge des anderen Elternteils oder eine gemeinsame Sorge bestanden hat, erst begründet, wenn das Kind bereits einen Namen führt, gilt Absatz 1 entsprechend.*

*Dies gilt nicht in den Fällen des § 1671 und § 1672 BGB.\**

*Soweit sich die Eltern über die Namensbestimmung nicht einigen können, kann das Familiengericht die Einwilligung des anderen Elternteils ersetzen, wenn die Namensänderung zum Wohl des Kindes erforderlich ist.*

*Insoweit gilt § 1618 Satz 5, 6 und 7 entsprechend.*

##### **Absatz 3 unverändert;**

##### **§ 1618 I unverändert, außer neuer Satz 7:\*\***

*Im Fall des Todes des anderen Elternteils ist dessen Einwilligung entbehrlich.*

#### **dd) Fortbestehende Folgediskussion**

Soweit im Bereich der § 1617 ff BGB eine derartige Reform durchgeführt wird, ist darüber nachzudenken, ob noch an anderer Stelle (\*/\*\*) eine Neugestaltung erforderlich ist.

---

<sup>830</sup> BGH FamRZ 05, 1984 (1984 f).

<sup>831</sup> BGH FamRZ 05, 1984 (1985); OLG Bremen FamRZ 03, 1687 (1687); vgl. BayObLG FamRZ 01, 49 (50).

<sup>832</sup> Vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 91 und BT-Drucks 13/8911 S. 10; zum Wortlaut der Norm oben FbN. 822.

<sup>833</sup> Der Gesetzeswortlaut war insoweit nicht beschränkt, was auch explizit vom Rechtsausschuss derart erkannt wurde. Dagegen wurde in der Rechtsprechung (z.B. BayObLG FamRZ 01, 49 (50)) und der Literatur (z.B. MüKo/v. Sachsen-Gessaphe § 1617 b Rdn. 1) teilweise auf den Vorschlag verwiesen, dabei jedoch nur von einem Anwendungsbereich bei vorherigem gemeinsamen Sorgerecht ausgegangen.

### **aaa) Folgen des Scheiterns der Stiefelterne**

Dabei ist insbesondere an Konstellationen zu denken (\*\*), in denen die neu gegründete Ehe nach durchgeführter Einbenennung (§ 1618 BGB) scheitert und das Kind an den Namen des Stiefelternteils gebunden bleibt. Obwohl es dem eigenen Elternteil nach § 1355 V BGB offen steht, den Namen des Ehegatten (und des Kindes) wieder abzulegen, ist dies dem Kind nach geltendem Recht nicht möglich. Ohne dem näher nachzugehen, erscheint dies bedenklich<sup>834</sup>.

### **bbb) Trennungshalbweisen**

In der Literatur wird ferner diskutiert, ob das geltende Recht und dem folgend obiger Reformvorschlag hinsichtlich „Trennungshalbweisen“ angemessen ist (\*)<sup>835</sup>.

Kritisiert wird, dass ein Ehegatte nach der Trennung gemäß § 1355 V BGB seinen Ehenamen ablegen kann und infolgedessen, trotz möglicher Alleinsorgeberechtigung (§ 1671 BGB), keine Namensidentität mit dem Kind mehr besteht. Selbiges Problem stellt sich, wenn sich das Sorgerecht in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ändert (§§ 1671, 1672 BGB) und der nunmehr allein sorgeberechtigte Elternteil eine Namensidentität mit dem Kind wünscht.

Ob in diesen Fällen eine weitergehende Reform geboten ist, erscheint zweifelhaft und muss offengelassen werden. Bedenklich ist insbesondere, ob das elterliche Zerwürfnis sich in einem Streit um den Kindesnamen fortsetzen soll<sup>836</sup>. Obiger Ansatz, der die Namensänderung in den Fällen des § 1671 und § 1672 BGB ausschließt, resultiert aus der Begrenztheit der Arbeit und ist deshalb nicht als abschließende Stellungnahme zu verstehen.

## **6) Unterhalt des Vaters wegen Kindesbetreuung § 1615 I BGB**

Der nichtverheiratete Vater eines Kindes, der dieses betreut, kann von der Mutter nach § 1615 I IV (1) i.V.m. II (2) BGB Betreuungsunterhalt verlangen

Der Anspruch ist dem reziproken Anspruch der nichtehelichen Mutter angepasst, sodass weitgehend ein Gleichlauf vorliegt<sup>837</sup>.

Diese Gleichstellung ist jedoch nicht absolut durchgehalten worden. Demzufolge sind die Abweichungen zu untersuchen und auf ihre Rechtfertigung zu überprüfen. Die unterschiedliche Ausgestaltung geht auf die begrenzte Verweisung in § 1615 I IV BGB zurück, wonach nur § 1615 I II (2) und III BGB für entsprechend anwendbar erklärt werden.

Der Betreuungsunterhalt nach § 1615 I BGB ist dagegen im Vergleich zum nachehelichen Betreuungsunterhalts nach § 1570 BGB unterschiedlich ausgestaltet. In letzterer Zeit wurde dies mehrfach kritisiert. Insbesondere die zeitliche Begrenzung des Anspruchs und die damit verbundene Ungleichbehandlung der nichtehelichen Kinder und Eltern wird als verfassungsrechtlich bedenklich angesehen. Da aber der Vater und die Mutter insoweit

---

<sup>834</sup> Vgl. dazu m.w.N.: Gaaz FPR 02, 125 (132); Zwißler FPR 04, 64 (65); Diederichsen NJW 98, 1977, (1982); Staudinger/Coester § 1618 Rdn. 4, (vgl. auch § 1617 c Rdn. 36); Staudinger/Frank § 1741 Rdn. 33 ff, 42 ff; MüKo/v. Sachsen-Gessaphe § 1617 c Rdn. 16, § 1618 Rdn. 29; AnwK/Löhnig § 1618 Rdn. 18; Palandt/Diederichsen § 1618 Rdn. 5, 26.

<sup>835</sup> Vgl. dazu m.w.N.: Staudinger/Coester § 1617 c Rdn. 36 und § 1617 a Rdn. 21; MüKo/v. Sachsen-Gessaphe § 1617 c Rdn. 16; Bamberger/Roth/Enders § 1617 a Rdn. 8; AnwK/Löhnig § 1617 a Rdn. 6 f und § 1618 Rdn. 19; vgl. auch BayObLG FamRZ 01, 49 (50).

<sup>836</sup> So eingegrenzt auch der erweiterte Vorschlag zu § 1617 b II Reg-E, BT-Drucks 13/4899 S. 91.

<sup>837</sup> Kritisch insoweit Schumann FamRZ 00, 389 (395), die diesbezüglich die Problematik der §§ 1626 a, 1672 I BGB aufgreift und kritisiert, dass danach die nichtverheirateten Väter nicht die gleiche Chance wie die Mütter auf die elterliche Sorge und damit auf den Betreuungsunterhalt haben. § 1615 I BGB sei daher selbst als verfassungsrechtlich bedenklich anzusehen. Dem ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, jedoch liegt diese Problematik abschließend in der Ausgestaltung des Sorgerechts selbst und schlägt nicht auf § 1615 I BGB durch.

gleichbehandelt werden, ist dem an dieser Stelle nicht weiter nachzugehen und auf die weiterführende Literatur zu verweisen<sup>838</sup>.

### **a) Elterliche Sorge als Anspruchsvoraussetzung**

Für den Anspruch aus § 1615 I IV BGB ist ausweislich des Wortlauts die Betreuung des Kindes durch den Vater erforderlich.

In der Literatur wird dabei die Frage aufgeworfen, ob diesbezüglich die rein tatsächliche (rechtmäßige<sup>839</sup>) Betreuung ausreicht oder eine rechtliche Absicherung mittels Sorgerecht erforderlich ist<sup>840</sup>.

Letztere Auffassung ist abzulehnen<sup>841</sup>. Sowohl der Wortlaut als auch Sinn und Zweck der Norm sprechen dagegen. Dies entspricht ferner dem Interesse des Kindes. Ein tatsächlich betreuender Elternteil soll, unabhängig von einem Sorgerechtsstreit, die Versorgung des Kindes sicherstellen können. Anderenfalls würde ferner die Gefahr heraufbeschworen, dass die Mutter zwar das Kind vom Vater betreuen lässt, aber ihre Zustimmung zur Sorgerechtsübertragung nach §§ 1626 a, 1672 I BGB verweigert und damit beabsichtigt, sich eines Unterhaltsanspruches zu entziehen<sup>842</sup>.

### **b) Dauer des Anspruchs**

Rechtliche Fragen wirft ferner die Dauer des Betreuungsunterhaltsanspruches auf.

#### **aa) Zeitraum von der neunten Woche bis zum Ablauf von drei Jahren nach der Geburt**

Gemäß der Verweisung in § 1615 I IV (1) BGB ist nur § 1615 I II (2) BGB anzuwenden, sodass nach der reinen Gesetzesfassung eine zeitliche Beschränkung nicht eindeutig festgelegt ist. Nachdem § 1615 I II (2) BGB auf § 1615 I II (1) BGB Bezug nimmt, ist klargestellt, dass der Zeitraum zumindest mit Abschluss der achten Woche nach der Geburt beginnt. Des

---

<sup>838</sup> Die Kritik wurzelt insb. daraus, dass der Betreuungsunterhalt bei nichtverheirateten Eltern hinter dem von Eheleuten zurückbleibt und Art. 6 V GG die Gleichstellung aus Sicht des Kindes fordere sowie die Kindesbedürfnisse unabhängig vom Status der Eltern seien; vgl. z.B. Puls FamRZ 98, 865 (868, 869); Luthin FPR 04, 567 (569 f); Müller DAVorm 00, 830 (834 ff); eingeschränkt Wellenhofer-Klein FuR 99, 448 (452 ff); je m.w.N., ähnlich Zens, Referat zum 59. DJT, M 21 ff, hinsichtlich der Gleichbehandlung aus sozialwissenschaftlicher Sicht; die Rechtsprechung hat diese Problematik bisher nur aufgeworfen und offengelassen, vgl. BVerfG FamRZ 04, 1013 (1014); FPR 04, 514 (514); für einen Verstoß bereits OLG Hamm FamRZ 04, 1893 (1893 f); KG Berlin FamRZ 04, 1895 (1895) m.w.N.; dagegen hat der Gesetzgeber bereits eine Reform des Unterhaltsrechts angekündigt, BMJ FamRZ 04, 1939 (1940); BMJ FF 06, 123 (124); vgl. den Referentenentwurf FamRZ 05, 1041 (1041 f); Schwab FamRZ 05, 1417 (1421); Menne FPR 05, 323 (323 ff); Brudermüller FF 06, 121 (122); Grundmann FF 06, 213 (215); Peschel-Gutzeit FF 06, 295 (302); Hahne FF 06, 24 (28); Wever FF 06, 174 (174 ff); Mehrle FamRZ 05, 1894 (1894 f); - a.A. Büdenbender FamRZ 98, 129 (130), Wichmann FuR 96, 161 (170), mit Hinweis, dass es insoweit an einer Verantwortungsübernahme entsprechend der Ehe fehlt; ebenso Diederichsen, Referat zum DJT, M 74 ff m.w.N.; Büttner FamRZ 00, 780 (786); zur Gegenansicht vgl. Luthin FamRB 05, 116 (118); BT-Drucks 13/4899 S. 167, entgegen dem Vorschlag des Bundesrat zur entsprechenden Anwendung des Geschiedenenunterhalts, BT-Drucks 13/4899 S. 149.

<sup>839</sup> Derart einschränkend eine vermittelnde Ansicht, welche auf die *Rechtmäßigkeit* der väterlichen Sorge abstellt und dies entweder von seinem Sorgerecht, dem Einverständnis der Mutter oder einer gerichtlichen Entscheidung abhängt; AnwK/Schilling § 1615 I Rdn. 41; MüKo/Born § 1615 I Rdn. 45; Schnitzler/Wever § 11 Rdn. 40; Göppinger/Wax/Maurer Rdn. 1245.

<sup>840</sup> Büdenbender FamRZ 98, 129 (134); Eschenbruch Rdn. 4061; Luthin/Seidel Rdn. 4225; vgl. auch die Vertreter der vermittelnden Ansicht in FbN. 839.

<sup>841</sup> Büdenbender FamRZ 98, 129 (134); Palandt/Diederichsen § 1615 I Rdn. 25; MüKo/Born § 1615 I Rdn. 45; Staudinger/Engler § 1615 I Rdn. 63; Ehinger FPR 01, 25 (28); - kritisch AnwK/Schilling § 1615 I Rdn. 41, vgl. FbN. 839.

<sup>842</sup> Büdenbender FamRZ 98, 129 (134), der darüber hinaus einer abweichenden Ansicht jedenfalls § 242 BGB entgegenhalten will.

Weiteren kann aus dem untrennbaren Zusammenhang von § 1615 I II (2) und (3) BGB sowie dem Gleichheitssatz geschlossen werden, dass die zeitliche Obergrenze entsprechend gilt.

### **bb) Zeitraum von der Geburt bis zur achten Woche danach**

Dagegen ist es problematisch, wie der Zeitraum des Regelungsbereichs des § 1615 I I (1) BGB von sechs Wochen vor, bis acht Wochen nach der Geburt behandelt werden muss.

Für den vorgeburtlichen Unterhalt scheidet der Anspruch des Vaters kraft Natur der Sache aus<sup>843</sup>.

Anders ist dies jedoch für die Zeit nach der Geburt bis zum Ablauf der ersten acht Wochen. Nach strikter Anwendung der Verweisung, des Wortlauts und der Systematik wäre ein derartiger Unterhalt des Vaters wohl ausgeschlossen. Dies ist allerdings aus Gründen der Gleichbehandlung und insbesondere aus dem Sinn und Zweck der Norm sowie im Interesse des Kindeswohls nicht haltbar<sup>844</sup>. Soweit der Vater unmittelbar nach der Geburt tatsächlich die Betreuung des Kindes übernimmt, muss ihm ein Unterhaltsanspruch zustehen<sup>845</sup>.

Dabei ist allerdings umstritten, ob der Anspruch nur gegeben ist, wenn die qualifizierten Voraussetzungen des § 1615 I II BGB vorliegen<sup>846</sup>.

Dies wird teilweise befürwortet und damit begründet, dass beim Vater, anders als bei der Mutter, Anstrengungen der Niederkunft nicht bestehen<sup>847</sup>. Dabei wird aber übersehen, dass dies nicht der einzige Grund der Besserstellung ist. Das Kind bedarf in den ersten Wochen einer besonderen Pflege und kann demzufolge die vollständige Widmung um das Wohlergehen des Kindes rechtfertigen. Je nachdem, welchem Gesichtspunkt man dabei mehr Gewicht einräumt, tendiert man zu der einen oder der anderen Ansicht. Ausgehend von dem Kindeswohl als bedeutsamstes Kriterium des Kindschaftsrechts und insbesondere dem vermehrten Betreuungsbedarf eines Neugeborenen, ist letzterer Ansicht zu folgen und eine Gleichbehandlung zu befürworten. Die erweiterten Voraussetzungen des § 1615 I II BGB sind in diesem Zeitraum deshalb auch beim betreuenden Vater nicht zu fordern.

### **c) Ersatzfähigkeit der Kosten für Entbindung und Schwangerschaft**

Schwangerschafts- und entbindungsbedingte Aufwendungen<sup>848</sup> kann der Mann kraft Natur der Sache nicht geltend machen<sup>849</sup>. Eine Verweisung auf § 1615 I I (2) BGB ist daher zurecht unterlassen worden.

---

<sup>843</sup> Bührenbender FamRZ 98, 129 (131 f; insb. 133 ff); Staudinger/Engler § 1615 I Rdn. 65; Eschenbruch Rdn. 4063; Göppinger/Wax/Maurer Rdn. 1248.

<sup>844</sup> Palandt/Diederichsen § 1615 I Rdn. 25; Bührenbender FamRZ 98, 129 (133); ders. ZJP 97, 33 (46 ff); Staudinger/Engler § 1615 I Rdn. 64; Grziwotz FamRZ 99, 413 (419); v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 122; Luthin/Seidel Rdn. 4224; die amtliche Begründung spricht diese Thematik nicht an, vgl. BT-Drucks 13/4899 S. 90, 149, 167.

<sup>845</sup> Über eine Analogie/teleologische Auslegung: Palandt/Diederichsen § 1615 I Rdn. 25; Bührenbender FamRZ 98, 129 (133); ders. ZJP 97, 33 (46 ff); Staudinger/Engler § 1615 I Rdn. 64; AnwK/Schilling § 1615 I Rdn. 42, m.w.N.; Grziwotz FamRZ 99, 413 (419); v. Münch/Kunig/Coester-Waltjen Art. 6 Rdn. 122; Luthin/Seidel Rdn. 4224; Ehinger FPR 01, 25 (28); - abweichend eine für eine direkte Anwendbarkeit: Schnitzler/Wever § 11 Rdn. 41; Derleder DEuFamR 99, 84 (88); - abweichend FamRefK/Maurer § 1615 I Rdn. 27 und Göppinger/Wax/Maurer Rdn. 1249 f, der § 1615 I BGB insoweit nicht anwenden will und dasselbe Ergebnis über einen familienrechtlichen Vertrag eigener Art zu erreichen versucht; - a.A. Eschenbach/Wohlgemuth Rdn. 4064, der einen Anspruch insgesamt ablehnt.

<sup>846</sup> Ein Unterschied liegt bspw. im Kausalitätserfordernis zwischen fehlender Erwerbstätigkeit und Bedürftigkeit, welche im Falle des § 1615 I I BGB entbehrlich ist.

<sup>847</sup> Bührenbender FamRZ 98, 129 (133); ders. ZJP 97, 33 (46 ff); i.E. wohl ebenso Staudinger/Engler § 1615 I Rdn. 65 und § 1615 I Rdn. 64; Grziwotz FamRZ 99, 413 (419).

<sup>848</sup> Die Kosten der Erstausrüstung des Kindes, die auch den Vater treffen können, fallen dagegen nicht darunter. Dies sind vielmehr als eigener Bedarf des Kindes anzusehen, vgl. Staudinger/Engler § 1615 I Rdn. 37 m.w.N..

#### **d) Einstweiliger Rechtsschutz**

Da sich § 1615 o II BGB und § 641 d ZPO ausschließlich auf den Betreuungsunterhaltsanspruch der Mutter beziehen, besteht im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes eine weitere unterschiedliche Ausgestaltung.

##### **aa) Einstweiliger Rechtsschutz während des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens**

Hinsichtlich der Problematik eines einstweiligen Rechtsschutzes während eines Vaterschaftsfeststellungsverfahrens kann dabei auf obige Ausführungen verwiesen werden (**D.II.7.a**).

##### **bb) Einstweiliger Rechtsschutz im Zeitraum von bis zu acht Wochen nach der Geburt**

Zu untersuchen bleibt, ob der rechtliche Vater eine einstweilige Verfügung hinsichtlich des Betreuungsunterhalts für die ersten acht Wochen nach der Geburt erlangen kann.

Fraglich ist es insbesondere, ob eine Analogie zu § 1615 o II BGB zulässig ist.

Dies wird teilweise abgelehnt und mit der besonderen Lage der Mutter nach der Geburt begründet, welche in § 1615 I I BGB berücksichtigt wird und auf den § 1615 I IV BGB nicht verweist<sup>850</sup>.

Dies ist abzulehnen. Entsprechend obiger Argumentation kann auch der betreuende Vater ab dem Zeitpunkt der Geburt einen Unterhaltsanspruch geltend machen. Aus Gründen der Gleichbehandlung und der Sicherung des Kindeswohls muss ein einstweiliger Rechtsschutz zugelassen werden<sup>851</sup>.

Wegen der Anwendbarkeit von § 644 ZPO oder gar § 940 ZPO ist mangels Regelungslücke allerdings eine Analogie zu § 1615 o II BGB bedenklich, sodass mittels Rückgriff auf diese Normen ein einstweiliger Rechtsschutz zu ermöglichen ist<sup>852</sup>. Da § 644 ZPO die speziellere Norm ist, greift bei feststehender Vaterschaft dieser vorrangig ein<sup>853</sup>.

#### **e) Reformvorschläge**

Um diese Rechtsanwendungsprobleme zu klären und eine ergänzende Auslegung überflüssig zu machen, kann eine gesetzliche Klarstellung befürwortet werden.

---

<sup>849</sup> Zum Streit, ob die Ersatzfähigkeit der Aufwendungen für Berufsvertreter von Selbständigen unter § 1615 I I (2) BGB subsumiert werden kann, vgl. Bündenbender FamRZ 98, 129 (132, 134); ders. ZZP 97, 33 (42 f), je m.w.N.; dies ist abzulehnen, weil insoweit § 1615 I II oder I (1) BGB thematisch anzuwenden ist und nur so dem Vater ebenso dieses Recht eröffnet werden kann.

<sup>850</sup> So zu verstehen Palandt/Diederichsen § 1615 o Rdn. 4; Greßmann Rdn. 522; anders Palandt/Diederichsen § 1615 I Rdn. 15; ebenso MüKo/Born § 1615 o Rdn. 19, der dort übersieht, dass auch der Vater für die ersten acht Wochen einen Unterhaltsanspruch haben kann; dazu s.o.; eine Analogie ablehnend auch Staudinger/Engler § 1615 I Rdn. 67; AnwK/Schilling/Bäumel § 1615 I Rdn. 50, § 1615 o Rdn. 10, FamRefK/Maurer § 1615 o Rdn. 12; Göppinger/Wax/Maurer Rdn. 2303, wobei diese jedoch die Anwendung von § 940 ZPO oder § 644 ZPO für möglich halten

<sup>851</sup> Bündenbender FamRZ 98, 129 (138); ders. ZZP 97, 33 (46 f); AnwK/Schilling/Bäumel § 1615 I Rdn. 50, § 1615 o Rdn. 10; Göppinger/Wax/Maurer Rdn. 2304.

<sup>852</sup> I.E. wohl ebenso Bündenbender FamRZ 98, 129 (138); entgegen Palandt/Diederichsen § 1615 o Rdn. 4, der eine Analogie ablehnt, befürwortet derselbe in Palandt/Diederichsen § 1615 I Rdn. 15 eine Analogie; i.E. wohl ebenso Greßmann Rdn. 522; Staudinger/Engler § 1615 I Rdn. 67; FamRefK/Maurer § 1615 o Rdn. 12; AnwK/Schilling/Bäumel § 1615 I Rdn. 50, § 1615 o Rdn. 10; Göppinger/Wax/Maurer Rdn. 2304.

<sup>853</sup> AnwK/Schilling § 1615 I Rdn. 50, missverständlich AnwK/Bäumel § 1615 o Rdn. 10; Göppinger/Wax/Maurer Rdn. 2304; Luthin/Seidel Rdn. 4228, die auf § 940 ZPO verweisen; vgl. zum allgemeinen Vorrang m.w.N. Thomas/Putzo/Hüftege § 644 Rdn. 1; Zöller/Philippi § 644 Rdn. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 644 Rdn. 1.



### **§ 1615 I IV - alternativ:**

*Wenn der Vater das Kind betreut, steht ihm der Anspruch nach Absatz 1 Satz 1 ab dem Zeitpunkt der Geburt und der Anspruch nach Absatz 2 Satz 2 und 3 Halbsatz 2 gegen die Mutter zu. In diesen Fällen gilt Absatz 3 entsprechend.*

### **§ 1615 o II - alternativ: neuer Satz 2 einfügen:**

*Entsprechendes gilt für den Anspruch des Vaters nach § 1615 I Absatz 4 Satz 1, Absatz 1 Satz 1.*

## **7) Adoption §§ 1741 ff BGB**

Im Recht der Annahme wird die rechtliche Stellung von Vätern nichtehelicher Kinder primär von § 1747 BGB geregelt. Demnach bedarf die Adoption des Kindes der Einwilligung der Eltern, § 1747 I (1) BGB.

### **a) Rechtliche Stellung im Rahmen des Adoptionsverfahrens**

Das Erfordernis der Einwilligung *beider* Eltern geht weitgehend<sup>854</sup> auf ein Urteil des BVerfG<sup>855</sup> zurück, das in der Kindschaftsrechtsreform umgesetzt wurde. Grund dafür war die Ungleichbehandlung der Väter nichtehelicher Kinder<sup>856</sup> und insbesondere die Beseitigung deren schwacher Rechtsstellung, wonach ihnen nach alter Rechtslage ein Einwilligungsrecht versagt wurde<sup>857</sup>.

Nach der in der Kindschaftsrechtsreform beabsichtigten Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern<sup>858</sup> ist daher nach geltendem Recht die Einwilligung beider Elternteile erforderlich, unabhängig davon, ob sie miteinander verheiratet sind.

Diese Gleichstellung ist jedoch nicht konsequent durchgehalten worden.

Für nichtverheiratete Väter, die mangels Sorgeerklärung nach § 1626 a I Nr. 1 BGB noch niemals im Besitz eines Sorgerechts waren, sieht § 1747 III BGB Sondervorschriften vor. Ferner kann die Einwilligung solcher Väter gemäß § 1748 IV BGB erleichtert ersetzt werden. Diese Differenzierung greift allerdings nicht an der Nichtehelichkeit direkt an, sondern unterscheidet danach, ob der nichtverheiratete Vater noch nie, mittels Sorgeerklärung nach § 1626 a I Nr. 1 BGB, das Sorgerecht erlangt hat.

Klarzustellen ist, dass nichtverheiratete Väter, die Inhaber eines Sorgerechts sind oder ein solches in der Vergangenheit hatten und wieder verloren haben, von §§ 1747 III, 1748 IV BGB nicht erfasst und somit ehelichen Vätern gleichgestellt werden<sup>859</sup>.

---

<sup>854</sup> Daneben auch auf ein Urteil des EGMR FamRZ 95, 110 (110 ff - Keegan), danach ist die Freigabe eines nichtehelichen Kindes zur Adoption durch Dritte, ohne vorheriges Wissen und Zustimmung des genetischen Vaters, der am Adoptionsverfahren überhaupt nicht beteiligt wurde, ein Verstoß gegen Art. 6 I und Art. 8 EMRK; vgl. dazu Brötel FamRZ 95, 72 (72 ff); Dörr JuS 96, 257 (257 ff); Fahrenhorst FuR 95, 107 (107 ff); Rudolf EuGRZ 95, 110 (110 ff).

<sup>855</sup> BVerfG FamRZ 95, 789 (789 ff).

<sup>856</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 71.

<sup>857</sup> Vgl. zur alten Rechtslage Frank FamRZ 98, 393 (393) und BVerfG FamRZ 95, 789 (789 ff), wonach der nichteheliche Vater dadurch geschützt werden sollte, dass ihm zwar kein Einwilligungsrecht bewilligt, aber ein Vorrang vor anderen Adoptionsbewerbern gewährt wurde, wenn er einen eigenen Antrag auf Ehelicherklärung oder Adoption stellte. Dieser Schutzmechanismus versagte jedoch, wenn die Mutter oder deren Ehemann die Adoption beantragten. Einerseits war die Adoption durch die Mutter vorrangig (§ 1747 II (2) Hs. 2 BGB a.F.) und andererseits konnte die Mutter die Adoption oder Ehelicherklärung des Vaters mittels ihres Einwilligungserfordernisses blockieren (§ 1747 II (1) und § 1726 I (1) BGB a.F.). Aber auch bei einer Adoption durch Dritte war das Elternrecht ungerechtfertigt verkürzt, dazu Buhr FamRZ 95, 1268 (1269).

<sup>858</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 71.

<sup>859</sup> Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 41 und § 1747 Rdn. 14; Frank FamRZ 98, 393 (394).

### **b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Die Erweiterung des Einwilligungserfordernisses auf nichtverheiratete Väter nach § 1747 I (1) BGB ist verfassungsrechtlich nötig und dementsprechend gerechtfertigt.

Zu untersuchen bleibt, ob ebenso die unterschiedliche Ausgestaltung geboten ist.

#### **aa) Rechtfertigung der erleichterten Ersetzbarkeit nach § 1748 IV BGB**

Als erstes stellt sich die Frage, ob die erleichterte Ersetzung der Einwilligung des nichtverheirateten, nach § 1626 a BGB sorgerechtslosen Vaters verfassungsrechtlich tragbar ist (§ 1748 IV BGB).

##### **aaa) Begründung des Gesetzgebers**

Die Herabsetzung der Ersetzungsvoraussetzungen nach § 1748 IV BGB wird vom Gesetzgeber damit begründet<sup>860</sup>, dass die Erweiterung des Einwilligungserfordernisses auf nichtverheiratete Väter, wegen des Schutzbedürfnisses der Mutter, wieder eingeschränkt werden muss. Dem Vater, der zu keinem Zeitpunkt die elterliche Sorge und damit die Verantwortung für das Kind getragen hat, soll nicht ermöglicht werden, eine Adoption allein durch sein Veto zu verhindern<sup>861</sup>.

Folglich muss nach Ansicht des Gesetzgebers die Einwilligung des nichtverheirateten Vaters, der nie im Besitz des Sorgerechts war, gesondert geregelt und erleichtert ersetzbar sein.

##### **bbb) Kritik der Literatur**

Dieser Argumentation hält die Literatur entgegen, dass sie bereits in ihrem Ausgangspunkt nicht stimmt. Soweit eine erleichterte Ersetzungsmöglichkeit (§ 1748 IV BGB) nicht normiert wäre, könnte eine Ersetzung nach § 1748 I-III BGB erfolgen<sup>862</sup>.

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, jedoch bleibt zu berücksichtigen, dass die Gesetzesbegründung nicht nur in dieser Härte aufgefasst werden kann. Vielmehr kann sie auch dergestalt verstanden werden, als die Ersetzung der Einwilligung nicht zusätzlich von einem Fehlverhalten (wie bei § 1748 I BGB) oder einer Erziehungsunfähigkeit (wie bei § 1748 III BGB) des Vaters abhängig sein soll<sup>863</sup>. Die Überwindung der Einwilligungsverweigerung solcher Väter soll nicht an eine weitere Voraussetzung, außer der Kindesdienlichkeit, geknüpft werden und insbesondere nicht von einem Verhalten des Vaters abhängig sein<sup>864</sup>. Demgemäß stellt § 1748 IV BGB ausschließlich darauf ab, ob das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigen Nachteilen gereicht.

Fraglich ist allerdings, ob dieser Ansatz verfassungsrechtlich haltbar ist.

Gemäß Art. 6 II (2) GG darf der Staat seinem Wächteramt nachkommen und die Einwilligung ersetzen, wenn das Wohl des Kindes dies erfordert<sup>865</sup>. Dies richtet sich danach, ob die Ersetzung dem Recht des Kindes auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit und seiner Menschenwürde entspricht und das Elternrecht nicht zu weitgehend beeinträchtigt wird<sup>866</sup>. Dabei ist der grundsätzliche Vorrang der Erziehung durch die Eltern und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

<sup>860</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 71, 114; zustimmend Greßmann Rdn. 400, 403.

<sup>861</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 71, 114; zustimmend Greßmann Rdn. 400, 403.

<sup>862</sup> MüKo/Maurer § 1748 Rdn. 24; FamRefK/Maurer § 1748 Rdn. 4.

<sup>863</sup> So ausdrücklich BT-Drucks 13/4899 S. 71, 170; vgl. bspw. BGH FamRZ 05, 891 (892).

<sup>864</sup> OLG Saarbrücken FamRZ 05, 1586 (1586); BayObLG FamRZ 05, 1587 (1587) sowie 04, 1812 (1812); Oberloskamp S. 157.

<sup>865</sup> BVerfG FamRZ 68, 578 (580); BVerfG FamRZ 59, 1483 (1483).

<sup>866</sup> BVerfG FamRZ 68, 578 (580); Erman/Holzhauer § 1748 Rdn. 3.

Dementsprechend war das BVerfG ursprünglich der Ansicht, dass Art und Ausmaß des Eingriffs sich nach dem Ausmaß des Versagens der Eltern und danach, was im Interesse des Kindes geboten ist, bestimmt<sup>867</sup>. Dem Anspruch des Kindes auf Wahrung seiner Menschenwürde und seines Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit würde aber eine ausschließlich am schuldhaften Fehlverhalten orientierte gesetzliche Regelung nicht gerecht<sup>868</sup>. Diesem Schutzbedürfnis des Kindes kommt inzwischen § 1748 III BGB nach und ermöglicht eine Ersetzung auch bei unverschuldeter Erziehungsunfähigkeit. Anknüpfungspunkt der Ersetzung bleibt allerdings ein Eignungsmangel des Elternteils und die schwerwiegenden Auswirkungen auf das Kind.

Demzufolge ist die gesetzliche Ausgestaltung des § 1748 IV BGB bedenklich<sup>869</sup>.

Dieser stellt nicht auf einen Eignungsmangel des Elternteils ab, sondern knüpft allein an die Auswirkungen hinsichtlich des Kindes an. Entgegen der gesetzlichen Ausgestaltung in § 1748 I und III BGB werden die Anforderungen bei unverschuldeter Erziehungsunfähigkeit aber nicht wie bei § 1748 III BGB erhöht, sondern in § 1748 IV BGB sogar reduziert und nach dem Wortlaut der Norm allein darauf abgestellt, ob das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigen Nachteilen gereicht.

Der Eingriff in das Grundrecht des Vaters aus Art. 6 II GG ist jedoch wegen des grundsätzlich vollständigen Verlustes der verwandtschaftlichen Beziehung (§ 1755 BGB) derart einschneidend, dass zumindest<sup>870</sup> auf eine Abwägung mit den Interessen des Vaters nicht verzichtet werden kann.

### ***ccc) Umsetzung durch die Rechtsprechung***

Um diese Kritik zu umgehen und die Entscheidung des BVerfG fortzuführen, versucht die Rechtsprechung § 1748 IV BGB verfassungskonform auszulegen. Über dem Wortlaut der Norm hinaus wird, wie in der Gesetzesbegründung selbst bereits angeregt<sup>871</sup>, eine Interessenabwägung durchgeführt und dabei insbesondere Bezug auf das Elternrecht des Vaters genommen<sup>872</sup>. Am Merkmal der „Unverhältnismäßigkeit“ anknüpfend werden daher die Interessen des Vaters berücksichtigt

Teilweise wurde ein unverhältnismäßiger Nachteil in diesem Sinne aber schon dann angenommen, wenn das Unterbleiben der Adoption für das Kind nachteilig ist und die Abwägung der Interessen des Kindes mit denen des Vaters zu dem Ergebnis führt, dass das Interesse des Kindes am Ausspruch der Adoption überwiegt<sup>873</sup>.

Richtigerweise kann das Überwiegen der Interessen des Kindes für eine Ersetzung nicht ausreichen. Vielmehr muss eine umfassende Abwägung der Umstände des Einzelfalls, unter Berücksichtigung der Interessen des Kindes und des Vaters, durchgeführt werden. Dabei sind (jedenfalls) alle die für § 1748 I (1) BGB entwickelten Abwägungskriterien zu berücksichtigen, soweit sie sich nicht auf ein väterliches Fehlverhalten beziehen<sup>874</sup>.

---

<sup>867</sup> BVerfG FamRZ 68, 578 (580).

<sup>868</sup> Staudinger/Frank § 1748 Rdn. 9.

<sup>869</sup> So Wiesner/Mörsenberger/Oberloskamp/Struck § 51 Rdn. 38;

<sup>870</sup> Weitergehend Soergel/Liermann § 1748 Rdn.2 und 20, der als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal (weiterhin) das Kriterium der Böswilligkeit mitprüft.

<sup>871</sup> Vgl. so schon die Gesetzesbegründung selbst, BT-Drucks 14/4899 S. 157.

<sup>872</sup> So zuletzt BGH FamRZ 05, 891 (892); und m.w.N.: Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 43; MüKo/Maurer § 1748 Rdn. 26; Erman/Saar § 1748 Rdn. 29; Lipp/Wagenitz § 1748 Rdn. 1; Erman/Holzhauser § 1748 Rdn. 26; FamRefK/Maurer § 1748 Rdn. 4; AnwK/Finger § 1748 Rdn. 13; Rauscher Rdn.1166; - i.E. ebenso, aber ohne verfassungskonforme Interpretation Bamberger/Enders § 1748 Rdn. 23,

<sup>873</sup> OLG Karlsruhe 01, 573 (574); Erman/Saar § 1748 Rdn. 29.

<sup>874</sup> OLG Saarbrücken FamRZ 05, 1586 (1586); BayObLG FamRZ 05, 1587 (1587) sowie FamRZ 04, 1812 (1812) sowie FamRZ 02, 486 (486 f), mit der Ansicht, dass eine Abwägungsentscheidung mit Rückgriff auf die Abwägungsgrundsätze zu § 1748 I BGB durchzuführen ist; dem folgend Palandt/Diederichsen § 1748 Rdn.14;

Nach neuester Rechtsprechung ist zusätzlich mitentscheidend, ob ein gelebtes Eltern-Kind-Verhältnis besteht oder bestanden hat, wobei im Rahmen dessen auch ein Vorverhalten des Vaters berücksichtigt werden kann<sup>875</sup>. Demnach ist zu erwarten, dass die Anforderungen des § 1748 IV BGB im Wesentlichen an die Maßgaben des § 1748 I-III BGB angeglichen werden<sup>876</sup>. Letztlich muss der Vorteil für das Kind außer Verhältnis zum Rechtsverlust des Elternteils stehen. Ein unverhältnismäßiger Nachteil liegt demzufolge vor, „wenn ein sich verständig um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht bestehen würde“<sup>877</sup>. Dieser strenge Maßstab ergibt sich auch daraus, dass in der Abwägung dem Elternrecht stärkst mögliches Gewicht beizumessen ist, da die mangelnde Erziehungsunfähigkeit die Berücksichtigung des Elternrechts nicht einschränken kann<sup>878</sup>. Insbesondere in Fällen der Stiefkindadoption sind an die Ersetzung nochmals erhöhte Anforderungen zu stellen, da sich die tatsächliche Lebenssituation des Kindes durch die Adoption regelmäßig wenig verändert<sup>879</sup>.

#### **ddd) Zwischenergebnis**

Somit lässt sich festhalten, dass zumindest der Wortlaut des § 1748 IV BGB missverständlich ist und aus verfassungsrechtlichen Gründen die Interessen des Vaters ausreichend berücksichtigt werden müssen. Soweit diese Berücksichtigung eingehalten wird, ist die Normierung einer erleichterten Ersetzbarkeit dem Grunde nach nicht zu beanstanden.

Eine Niederlegung dieser Abwägungsgesichtspunkte im Gesetzeswortlaut wäre vorteilhaft, da insbesondere dieselbe gesetzliche Formulierung in § 1748 I BGB verwendet wird. Dort ist allerdings *daneben* die Berücksichtigung der Interessen des Elternteils explizit erwähnt, sodass sich fälschlicherweise der Gegenschluss aufdrängt, dies sei in § 1748 IV BGB anders.

#### **bb) Verstoß der gesetzlichen Lage gegen Gleichheitsgrundsatz**

Es liegt grundsätzlich auch innerhalb der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit, die erleichterte Ersetzbarkeit der Einwilligung nicht für alle Elternteile festzusetzen. Dabei darf es jedoch nicht zu einer sachwidrigen Differenzierung kommen und ein Teil der einwilligungsberechtigten Väter ungerechtfertigt benachteiligt werden.

Demzufolge ist der persönliche Anwendungsbereich des § 1748 IV BGB kritisch zu sehen. Der Gesetzgeber normiert nur für nichtverheiratete Väter diese Sonderregelung und begrenzt dies innerhalb dieser Gruppe nochmals danach, ob sie mangels Sorgeerklärung noch nie sorgeberechtigt waren (§ 1626 a II BGB). Folglich nimmt er bewusst Unterschiede bei der Ersetzung in Kauf. Von der erleichterten Ersetzung werden niemals die Mutter und derjenige Vater, der zumindest in der Vergangenheit sorgeberechtigt war, erfasst.

#### **aaa) Gesetzlicher Rechtfertigungsversuch**

Die Gesetzesbegründung<sup>880</sup> führt dazu aus, dass Wertungswidersprüche entstehen würden, wenn man *auch* die Einwilligung der Mutter, in den Fällen der Alleinsorge des Vaters nach

---

MüKo/Maurer § 1748 Rdn 26; Erman/Holzhauer § 1748 Rdn. 26; Oberloskamp S. 157; nunmehr bestätigt von BGH FamRZ 05, 891 (892); vgl. dazu Wiegmann FamRB 05, 235 (236).

<sup>875</sup> BGH FamRZ 05, 891 (892); BVerfG FamRZ 06, 94 (95); vgl. dazu Maurer FamRZ 06, 96 (97); Lipp JZ 06, 96 (98); Finger BGH-Report 05, 976 (976 f).

<sup>876</sup> So explizit BVerfG FamRZ 06, 94 (95).

<sup>877</sup> BGH FamRZ 05, 891 (892); vgl. dazu auch BGH FamRZ 02, 94 (95); BVerfG FamRZ 06, 94 (95) und Maurer FamRZ 06, 96 (97); Lipp JZ 06, 96 (98); - dies ablehnend Peschel-Gutzeit NJW 05, 3324 (3328).

<sup>878</sup> Staudinger/Frank § 1748 Rdn. 38; vgl. auch Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 21 ff.

<sup>879</sup> BGH FamRZ 05, 891 (892); BVerfG 06, 94 (95); vgl. dazu Maurer FamRZ 06, 96 (97); Lipp JZ 06, 96 (98); BayObLG 89, 429 (429); ebenso und m.w.N.: Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 28 ff; Staudinger/Frank § 1748 Rdn. 45 f; ebenso Erman/Holzhauer § 1748 Rdn. 5, wonach die Anwendung von § 1748 BGB in diesen Fällen kaum denkbar ist; - die strenge Haltung kritisierend Peschel-Gutzeit NJW 05, 3324 (3326 ff).

§ 1672 I BGB, erleichtert ersetzen könnte. Eine Mutter, die zu der Sorgerechtsübertragung ihre Zustimmung erteilt hat, soll demnach nicht schlechter stehen als diejenige Mutter, der nach § 1666 BGB das Sorgerecht entzogen und dieses nach § 1680 II, III BGB auf den Vater übertragen wurde, da in letzterem Fall ausschließlich § 1748 I-III BGB anwendbar ist.

Diese gesetzgeberische Argumentation ist nicht schlüssig. Die Problematik einer differenziert ausgestalteten Rechtslage wird erkannt, aber nicht sachgerecht gelöst. Es wird nicht an dem kritischen Ausgangspunkt angesetzt, sondern versucht, die unterschiedliche Ausgestaltung sachlich zu rechtfertigen.

Dies wird ferner dadurch deutlich, dass die Voraussetzung einer erleichterten Ersetzung nach § 1748 IV BGB (nach gesetzgeberischer Vorstellung - s.o.) nicht in einer vorwerfbaren Verhaltensweise (wie bei § 1748 I, II BGB) oder einer krankheits- oder behinderungsbedingten Unfähigkeit (wie bei § 1748 III BGB) liegt, sondern allein in der Tatsache, dass der nichtverheiratete Vater nicht Inhaber der elterlichen Sorge ist<sup>881</sup>.

### **bbb) Ungleichbehandlung**

Im Ergebnis besteht daher eine Ungleichbehandlung, da nichteheliche Kinder und ihre Väter weiterhin benachteiligt werden<sup>882</sup>. Zwar wird sprachlich diese Differenzierung vermieden, jedoch dasselbe Ergebnis über den Anknüpfungspunkt des § 1748 IV BGB an § 1626 a BGB erreicht, da letztere Norm nur nichtverheiratete Eltern betreffen kann<sup>883</sup>.

Dadurch werden nichtverheiratete, nach § 1626 a BGB sorgerechtslose Väter schlechter gestellt:

- Erstens gilt dies im Vergleich zu den Vätern ehelicher Kinder<sup>884</sup>. Bei diesen ist die Ersetzung nur nach § 1748 I-III BGB möglich, obwohl es Konstellationen geben kann, in denen sich diese Väter nie um das Kind gesorgt haben oder denen sogar ihr Sorgerecht abgesprochen wurde. Diese sind in solchen Fällen allerdings nicht schützenswerter als nichteheliche Väter ohne Sorgerecht, die sich anhaltend um ihr Kind kümmern<sup>885</sup>.
- Zweitens liegt eine Benachteiligung im Verhältnis zur Mutter vor<sup>886</sup>. Deren Einwilligung ist, unabhängig einer Ehe und/oder einer Sorgebeteiligung, niemals erleichtert ersetzbar.
- Drittens werden die betroffenen Väter auch im Vergleich zu den nichtverheirateten Vätern mit Sorgerecht benachteiligt<sup>887</sup>. Insbesondere kann die Erlangung des Sorgerechts nicht das

---

<sup>880</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 71, 114; zustimmend Großmann Rdn. 400, 403.

<sup>881</sup> Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 7.

<sup>882</sup> Frank FamRZ 98, 393 (394); Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 18 und Rdn. 3; FamRefK/Maurer § 1748 Rdn. 4; Oberloskamp S. 159; Lipp JZ 06, 96 (97).

<sup>883</sup> Aus der vom BVerfG erklärten Verfassungsmäßigkeit von § 1626 a II BGB (**E.II.1.b**), kann nicht direkt die Verfassungsmäßigkeit von § 1748 IV BGB abgeleitet werden, so Liermann FamRZ 03, 1523 (1523 ff), der wegen der Verknüpfung der Normen, die vom BVerfG angestellten Erwägungen aber übernehmen will und daher § 1748 IV BGB derzeit als verfassungsgemäß ansieht, jedoch entsprechend der Entscheidung zu § 1626 a BGB eine Pflicht zur Überwachung der Verfassungsmäßigkeit von § 1748 IV BGB fordert.

<sup>884</sup> Frank FamRZ 98, 393 (395); Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 9, 41; Liermann FamRZ 03, 1523 (1524); Schumann S. 342; Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 59; Paulitz/Oberloskamp S. 73; Oberloskamp S. 159; Lipp JZ 06, 96 (97); Rixe FamRZ 04 1460 (1463).

<sup>885</sup> MüKo/Maurer § 1748 Rdn. 24; Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 59; Helms, JAmt 01, 57 (63).

<sup>886</sup> MüKo/Maurer § 1748 Rdn. 24; Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 41; Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 59; FamRefK/Maurer § 1748 Rdn. 4, 7; AnwK/Finger § 1748 Rdn. 13 f; Liermann FamRZ 03, 1523 (1524); Schumann S. 342; Erman/Saar § 1748 Rdn. 29 - a.A. Lipp/ Wagenitz § 1748 Rdn. 10 und die Gesetzesbegründung mit dem Argument, dass die Mutter, die das Sorgerecht mit ihrer Zustimmung auf den Vater hat übertragen lassen (§ 1672 BGB), nicht schlechter stehen soll als die Mutter, der das Sorgerecht nach § 1666 BGB entzogen wurde. Dies mag nicht überzeugen, da zu befürworten ist, dass in allen Fällen die Einwilligung des sorgerechtslosen Elternteils erleichtert ersetzbar sein sollte (dazu später).

Verhältnis zum Kind widerspiegeln. Eltern können jahrelang in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt und Elternverantwortung geteilt haben, ohne Sorgeerklärungen abzugeben. Dies kann darauf zurückzuführen sein, dass die Eltern nicht daran dachten oder die Mutter auf ihre Alleinsorge nicht verzichten wollte. Speziell im letzten Fall kann dies dem nichtverheirateten Vater nicht vorgeworfen werden, da die Einräumung eines Sorgerechts nach geltendem Recht zwingend die Mitwirkung der Mutter erfordert (§ 1626 a BGB). Darüber hinaus besteht eine Benachteiligung insoweit, als solche Väter (ebenso wie eheliche Väter) das Sorgerecht wieder verlieren können, ohne damit erneut den Anwendungsbereich von § 1748 IV BGB zu eröffnen.

### ***ccc) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung***

Fraglich ist deshalb, ob diese Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist.

Insbesondere dem Vergleich mit den nichtverheirateten Vätern mit Sorgerecht wird teilweise entgegengehalten<sup>888</sup>, dass die gesetzliche Ausgestaltung zwar bedenklich, aber verfassungsrechtlich tragbar ist. Dem nichtverheirateten Vater ohne Sorgerecht steht es nach § 1672 BGB stets offen, die Sorgerechtsübertragung zu beantragen. Dazu ist zwar grundsätzlich die Zustimmung der Mutter nötig (§ 1672 I (1) BGB), jedoch besteht eine Ausnahme im Bereich des Adoptionsrechts. Gemäß § 1751 I (6) BGB ist die Zustimmung nicht erforderlich, wenn die Mutter in die Adoption eingewilligt hat. Somit kann sich der Vater in dieser Situation selbständig und unabhängig um das Sorgerecht bemühen<sup>889</sup>. Auf diese Weise drückt er sein Interesse an dem Kind aus und erreicht, dass mit Erlangung der elterlichen Sorge für ihn die Konsequenz des § 1748 IV BGB entfällt.

Soweit der Vater sich nicht in dieser Weise um die elterliche Sorge bemüht, sei daher die Erleichterung der Ersetzung gerechtfertigt, da der Vater die elterliche Verantwortung scheut.

Dieser Argumentation kann nur eingeschränkt gefolgt werden, da die entsprechenden Normen unterschiedliche Anknüpfungspunkte aufweisen. Für eine Übertragung des Sorgerechts nach § 1672 I BGB kommt es darauf an, ob die Übertragung dem Kindeswohl dient. § 1748 IV BGB stellt dagegen darauf ab, ob das Unterbleiben der Annahme für das Kind zu unverhältnismäßigen Nachteilen führt. Somit schließt das Fehlen des einen, das Bestehen des anderen nicht zwangsläufig ein.

Darüber hinaus wird dieser Weg in der Praxis oftmals erfolglos sein. Soweit die Voraussetzungen der Adoption nach § 1741 I (1) BGB vorliegen, wird die Übertragung der elterlichen Sorge auf den nichtehelichen Vater entsprechend § 1672 BGB selten dem Kindeswohl dienen<sup>890</sup>.

Insbesondere ist dem entgegenzuhalten<sup>891</sup>, dass die zustimmungsfreie Erlangung der elterlichen Sorge nicht möglich ist, wenn das Kind nicht von Dritten, sondern vom Ehemann der Mutter adoptiert werden soll. Gemäß § 1751 II BGB ist im Falle einer solchen Stiefkindadoption § 1751 I (6) BGB nicht anwendbar. Die Sorgerechtsübertragung auf den Vater nach § 1672 BGB bedarf demnach der Zustimmung der Mutter (dazu sogleich). Diese

---

<sup>887</sup> Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 9, 42; MüKo/Maurer § 1748 Rdn. 24; FamRefK/Maurer § 1748 Rdn. 4; Frank FamRZ 98, 393 (395); Liermann FamRZ 03, 1523 (1524); Erman/Saar § 1748 Rdn. 29; Helms JAMt 01, 57 (63); Lipp JZ 06, 96 (97); Rixe FamRZ 04, 1460 (1463).

<sup>888</sup> Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 9; Liermann FamRZ 03, 1523 (1524 f); Lipp/Wagenitz § 1748 Rdn. 5; so auch BT-Drucks 13/4899 S. 114.

<sup>889</sup> Darüber hinaus ist bei einem Sorgerechtsantrag nach § 1672 BGB die Adoption durch Dritte gemäß § 1747 III Nr. 2 BGB aufgeschoben, bis über den Antrag des Vaters entschieden ist.

<sup>890</sup> Liermann FamRZ 03, 1523 (1525).

<sup>891</sup> Staudinger/Frank § 1747 Rdn. 59; Coester RdJB 430 (440); Lipp JZ 06, 96 (97); dem zustimmend auch BGH FamRZ 05, 891 (892); wobei mit einer entsprechenden Auslegung eine Verfassungswidrigkeit vermieden werden kann; vgl. dazu auch BVerfG FamRZ 06, 94 (95).

gesetzliche Ausgestaltung bedeutet erneut, dass das Scheitern der Sorgerechtsübertragung dem Vater nicht vorwerfbar ist und obiger Begründungsansatz seine Tragfähigkeit verliert.

Folglich ist die erleichterte Ersetzungsmöglichkeit unschlüssig und führt zu nicht gerechtfertigten Differenzierungen und insbesondere zu einer Benachteiligung der nichtverheirateten, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslosen Väter.

#### ***ddd) Weiterer gesetzlicher Rechtfertigungsversuch***

Ferner versucht der Gesetzgeber die Ausgestaltung des § 1748 IV BGB mit einer anderen Begründung zu rechtfertigen<sup>892</sup>. Der nichtverheiratete, nach § 1626 a II BGB sorgerechtslose Vater soll, ohne selbst eine sorgerechtliche Last zu übernehmen, mit Verweigerung seiner Einwilligung die sorgeunwillige und adoptionsbereite Mutter nicht verstärkt zur weiteren tatsächlichen Sorge und rechtlichen Verantwortung für das Kind zwingen können. Insbesondere werde sonst das Kind in die Obhut einer sorgeunwilligen Mutter gedrängt. Auch aus diesem Grund soll dessen Einwilligung erleichtert ersetzt werden können.

Dies kann ebenfalls nicht überzeugen.

Soweit dabei angeführt wird, dass der nichtverheiratete Vater die Kindesverantwortung der Mutter mittels Einwilligungsverweigerung weiter aufdrängen könne, ist dem im Grunde zuzustimmen. Das kann die durchgeführte Differenzierung allerdings nicht rechtfertigen. Diese Konstellation tritt auch in Fällen ein, in denen die erleichterte Ersetzungsmöglichkeit nach § 1748 IV BGB gerade nicht einschlägig ist. Zu denken ist an den umgekehrten Fall, in dem die Ersetzung der Einwilligung der nicht sorgeberechtigten Mutter, bei Alleinsorge des Vaters, relevant ist<sup>893</sup>. Diese kann nie erleichtert ersetzt werden. Ferner scheidet die erleichterte Ersetzbarkeit in Fällen aus, in denen der verheiratete oder nichtverheiratete Vater zwischenzeitlich sorgeberechtigt war, aber sein Sorgerecht inzwischen wieder verloren hat. Auch dort ist § 1748 IV BGB nicht anwendbar (s.o.).

Darüber hinaus ist die Ersetzung der Einwilligung nicht dazu da, die adoptionswillige Mutter vor der weiteren Sorgeverpflichtung zu bewahren, da dies im Gegenzug dazu den vollständigen Verlust jeglicher Verwandtschaft für den Vater nicht zu rechtfertigen vermag<sup>894</sup>.

### **c) Ergebnis**

Entsprechend diesen Ausführungen weist die gesetzliche Ausgestaltung des § 1748 IV BGB verfassungsrechtliche Bedenken auf<sup>895</sup>.

#### **aa) Neue Rechtsprechung**

Diese Kritik hat der BGH in einem neueren Urteil aufgegriffen, aber einen Verfassungsverstoß darin nicht gesehen<sup>896</sup>.

Zunächst lehnt er eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Vergleich zu der Mutter entsprechend der gesetzgeberischen Begründung ab (s.o.). Im Anschluss erkennt er zwar die Problematik der Zurücksetzung sorgerechtsloser nichtehelicher Väter und die der Stiefkindadoption an, will aber über eine verfassungskonforme Auslegung einen Grundrechtsverstoß abwenden. Im Rahmen von § 1748 IV BGB müsse deshalb berücksichtigt werden, ob eine gelebte Vater-Kind-Beziehung besteht oder bestanden hat, dem

<sup>892</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 114; Lipp/Wagenitz § 1748 Rdn. 5; dem zustimmend BGH FamRZ 05, 891(892).

<sup>893</sup> MüKo/Maurer § 1748 Rdn. 24; Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 41; Erman/Saar § 1748 Rdn. 29.

<sup>894</sup> MüKo/Maurer § 1748 Rdn. 24.

<sup>895</sup> Bejaht wird insb. ein Verstoß gegen Art. 6 II GG und Art. 3 II GG; vgl. Staudinger/Frank § 1748 Rdn. 59; Schwab Rdn. 705; Paulitz/Oberloskamp S.73, 76 f.

<sup>896</sup> BGH FamRZ 05, 891 (892); dazu Lipp JZ 06, 96 (96 ff); Maurer FamRZ 06, 96 (96 ff); Peschel-Gutzeit NJW 05, 3324 (3324 ff); Finger BGH-Report 05, 976 (976 f).

dazugehörigen Verhalten der Eltern sowie das Interesse des Vaters an der Entwicklung des Kindes. Letztlich solle daher § 1748 IV BGB an die Voraussetzungen der § 1748 I-III BGB angeglichen werden.

An diese Entscheidung anknüpfend hat das BVerfG zu § 1748 IV BGB Stellung genommen und die Argumentation des BGH gebilligt<sup>897</sup>.

Die Entscheidung des BVerfG rügt insbesondere die der Vorinstanz des BGH, wonach die Anforderungen an die Adoption bei einem unverheirateten sorgerechtslosen Vater, der nie Verantwortung für das Kind getragen hat, *geringer* sei als bei anderen Elternteilen.

## **bb) Bedeutung der Rechtsprechung**

Letztlich ist dies wohl derart aufzufassen, dass die in § 1748 IV gewählte Differenzierung verfehlt ist und nur über eine verfassungskonforme Anwendung, entsprechend § 1748 I-III BGB, ausgeglichen werden kann. Die *Erleichterung* der Ersetzung wird hinfällig, wenn damit keine *geringeren* Anforderungen als an die reguläre Ersetzung gestellt werden dürfen. Letztlich entspricht das weitgehend obiger Kritik und erreicht dasselbe Ergebnis allein über eine Auslegung, die der Gesetzesfassung nicht zu entnehmen ist und vom Gesetzgeber nicht gewünscht wurde.

Im Ergebnis wird demzufolge die hier vertretene Auffassung inhaltlich bestätigt, aber abweichend davon versucht, über eine weite Auslegung die Verfassungskonformität der Normen sicherzustellen.

### **d) Ausblick - eigener Ansatz**

Entsprechend dieser Argumentation ist über eine Neukonzeption der Regelung über die Einwilligungsersetzung nachzudenken. Dabei sollte insbesondere der Rechtsstellung von nichtverheirateten Vätern ausreichend Rechnung getragen werden.

## **aa) Beibehaltung des § 1748 IV**

Dem Grunde nach ist der gesetzliche Ausgangspunkt des § 1748 I-III BGB beizubehalten und lediglich § 1748 IV BGB zu reformieren.

Als Lösungsmöglichkeit kommen zwei verschiedene Ansatzpunkte in Betracht.

Einerseits könnte die erleichterte Ersetzbarkeit nach § 1748 IV BGB aufgehoben und die Einwilligungsersetzung von nichtverheirateten sorgerechtslosen Vätern auf diese Weise den der anderen Väter gleichgestellt werden<sup>898</sup>.

Andererseits könnte die erleichterte Möglichkeit der Ersetzung aufrechterhalten und lediglich deren Voraussetzungen abgeändert werden. Das Ziel müsste dabei sein, die verfassungswidrige Benachteiligung der Betroffenen zu beseitigen.

Aus Gründen des Kindeswohls ist in manchen Fallkonstellationen eine erleichterte Ersetzbarkeit zu befürworten. Somit ist § 1748 IV BGB grundsätzlich beizubehalten und nur das gesetzliche Differenzierungskriterium abzuändern.

## **bb) Ausrichtung des § 1748 IV - alternativ an der Sorgerechtsverteilung**

Diese differenzierte Anknüpfung des § 1748 IV - alternativ muss, um die aufgeführten Ungleichbehandlungen zu vermeiden, unabhängig von dem Bestehen einer Ehe und dem aktuellen oder früheren Bestand eines Sorgerechts sein.

Einem Ansatz, die erleichterte Ersetzbarkeit allein danach auszurichten, ob der Elternteil eine soziale Beziehung zu dem Kind unterhält, kann nicht gefolgt werden. Für das Kind ist

<sup>897</sup> BVerfG FamRZ 06, 94 (95 f); dazu Maurer FamRZ 06, 96 (96 ff); Heitmann jurisPR-FamR 1/2006 v. 10.01.06.

<sup>898</sup> So Oberloskamp S. 159.



entscheidend, ob es für die Zukunft einer sorgerechtsfähigen Person zugeordnet werden kann, die tatsächliche und rechtliche Verantwortung übernehmen will.

Deswegen ist es vorzugswürdig, die abgesenkte Eingriffsschwelle allein an der *zukünftigen* Sorgerechtsverteilung auszurichten. Eine aus Kindeswohlgesichtspunkten gerechtfertigte erleichterte Ersetzbarkeit kommt nur dann in Betracht, wenn die einwilligungsberechtigte Person für das Kind nicht Verantwortung übernehmen kann oder nicht will.

Es ist daher eine Ansicht abzulehnen, die darauf abstellt, ob der Elternteil im Moment der Einwilligung sorgeberechtigt ist<sup>899</sup>. Dies schränkt die Rechte des nichtverheirateten Vaters ein, da diesem wegen § 1626 a BGB die Erlangung der elterlichen Sorge oftmals versagt ist.

Ebenso wenig ist ein Ansatz zu befürworten, wonach eine Differenzierung erfolgen soll, ob der Elternteil bereit ist, die elterliche Sorge zu übernehmen und sich damit als sorgerechtsfähig und -willig darstellt oder zumindest einen vernünftigen Lebensplan für das Kind aufzustellen vermag<sup>900</sup>. Offen bleibt dabei, woran ein derartiges Erfordernis exakt anknüpfen sollte.

Soweit dem Elternteil nicht bereits ein Sorgerecht zusteht, muss es demgemäß richtigerweise ausreichen, wenn ein Sorgerechtsübertragungsantrag gestellt wird. Dies sollte dazu führen, dass es grundsätzlich (dazu sogleich) zu einer Aussetzung der Adoption und zur Klärung der Verteilung des Sorgerechts kommt. Nach dieser Entscheidung richtet sich, ob dem Elternteil kein Sorgerecht zusteht und seine Einwilligung demzufolge erleichtert ersetzt werden kann.

### **cc) Aussetzung des Adoptionsverfahrens bei Sorgerechtsantrag**

Dieses Ergebnis entspricht letztlich dem Rechtsgedanken des § 1747 III Nr. 2 BGB. Demnach führt der Antrag auf Übertragung des Sorgerechts durch den nichtverheirateten Vater zu einer Sperrwirkung hinsichtlich der Adoption, bis über diesen Antrag entschieden wurde. Dies soll dem nichtverheirateten Vater ermöglichen, seine Sorgebereitschaft unter Beweis zu stellen und der erleichterten Ersetzbarkeit seiner Einwilligung nach § 1748 IV BGB zu entgehen<sup>901</sup>.

Entsprechend dieses Rechtsgedankens ist mit der Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 1748 IV BGB auf alle sorgerechtslosen Elternteile auch § 1747 III Nr. 2 BGB zu reformieren. Allen betroffenen Elternteilen sollte die Möglichkeit eröffnet werden, mit Stellung eines Sorgerechtsantrags die Adoption aufzuschieben. Sinnvoller ist es, über die Adoption grundsätzlich erst zu entscheiden, wenn die Sorgerechtsverteilung geklärt ist. Da § 1747 III BGB nur auf nichtverheiratete, noch nie sorgeberechtigte Väter Anwendung findet, ist § 1747 III Nr. 2 BGB zu streichen und die Regelung in einem neuen § 1748 V - alternativ aufzunehmen.

Um frühkindliche Adoptionen zu fördern, kann allerdings in bestimmten Fällen eine Ausnahme von der Aussetzung der Adoption während des Sorgerechtsverfahrens befürwortet werden. Dies rechtfertigt sich daraus, dass nach § 1748 I-III BGB auch die Einwilligung eines sorgeberechtigten Elternteils ersetzt werden kann. Aus diesem Grund kann bei Vorliegen der erhöhten Ersetzungsvoraussetzungen diese unabhängig von der Sorgerechtsentscheidung getroffen werden, da sie insoweit keine Auswirkungen zeigt und das Verfahren unnötig in die Länge zieht.

Die Aussetzung der Adoption kann daher in diesen Konstellationen entfallen und eine möglichst frühzeitige Adoption ermöglicht werden.

---

<sup>899</sup> Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 41 und Nachtragsband zur 12. Lieferung § 1748 Rdn. 23 a.

<sup>900</sup> Frank FamRZ 98, 393 (395); Coester FamRZ 95, 1245 (1249).

<sup>901</sup> Soergel/Liermann § 1747 Rdn. 28; BT-Drucks 14/4899 S. 114.

Gegenüber der geltenden Gesetzeslage bringt diese Ausgestaltung außerdem den Vorteil, dass der Sorgerechtsantrag nur die erleichterte Ersetzung unterbinden kann, nicht aber wie § 1747 III Nr. 2 BGB die Annahmeentscheidung selbst zwingend aufschiebt.

Eine Adoptionsverzögerung durch einen chancenlosen Sorgerechtsantrag nach § 1672 BGB kann, bei Vorliegen der erhöhten Ersetzungsvoraussetzungen, dadurch verhindert werden.

#### **dd) Auswirkungen einer Stiefkindadoption**

Es stellt sich jedoch die Frage, ob mit diesem Regelungsmechanismus den Rechten des nichtverheirateten Vaters ohne Sorgerecht stets ausreichend Rechnung getragen wird.

Da gemäß § 1751 I (6) BGB bei einer angestrebten Adoption durch Dritte der nichtverheiratete Vater das Sorgerecht nach § 1672 BGB ohne die Zustimmung der in die Adoption einwilligenden Mutter erlangen kann, werden die Rechte dieser Väter grundsätzlich ausreichend gewahrt. Anders ist die Rechtslage allerdings, wenn es sich um eine Stiefkindadoption durch den neuen Ehemann der Mutter handelt.

#### **aaa) Vergleich zur geltenden Rechtslage bei einer Stiefkindadoption**

Gemäß § 1751 II BGB gilt § 1751 I (6) BGB in diesen Fällen nicht, sodass eine Sorgerechtsübertragung auf den nichtverheirateten Vater des Kindes nach § 1672 I BGB weiterhin der Zustimmung der Mutter bedarf. Diese wird allerdings die Einwilligung regelmäßig verweigern, wenn ihr Ehemann sich um die Adoption ihres Kindes bemüht. Demzufolge kann der nichtverheiratete Vater, mittels Einwilligungsersetzung nach § 1748 IV BGB, seiner verwandtschaftlichen Beziehung zu dem Kind erleichtert verlustig werden<sup>902</sup>.

Dies erscheint nicht gerechtfertigt, da diesem Vater die Nichterlangung des Sorgerechts nicht vorzuwerfen ist, wenn die erforderliche Zustimmung der Mutter nach § 1672 I BGB von ihr verweigert wurde. Unabhängig davon, inwieweit man dem Zustimmungserfordernis zur Sorgerechtsübertragung in § 1672 BGB selbst für gerechtfertigt hält (vgl. dazu **E.II.2.b.aa.bbb**), kann es diese Rechtswirkung nicht rechtfertigen.

Folglich kann die vorgebrachte Argumentation, wonach die erleichterte Ersetzung gerechtfertigt sei, wenn der nichtverheiratete Vater sich nicht mittels zustimmungsfreien Sorgerechtsantrags um elterliche Verantwortung bemüht, diesbezüglich nicht gelten.

#### **bbb) Vergleich zur Rechtslage bei einer Stiefkindadoption nach dem Reformvorschlag**

Aber auch soweit man dem Reformvorschlag folgt und die erleichterte Ersetzbarkeit für alle nicht sorgeberechtigten Elternteile ermöglicht, bedarf es für die Stiefkindadoption einer weiteren Sonderregelung.

Auch für verheiratete, wie nichtverheiratete Väter beziehungsweise Mütter die zwischenzeitlich im Besitz eines Sorgerechts waren und dies zulasten der Alleinsorge des anderen Elternteils wieder verloren haben, stellt die Stiefkindadoption eine weitgehende Beeinträchtigung dar. Gerade wenn der andere sorgeberechtigte Elternteil wieder verheiratet ist und der neue Ehepartner sich um das Kind bemüht und es mittels Stiefkindadoption als sein eigenes anerkennen lassen will, ist eine Sorgerechtsrückübertragung unwahrscheinlich.

Dies hätte zur Folge, dass die Einwilligung dieses sorgerechtslosen Elternteils nach § 1748 IV - alternativ erleichtert ersetzt werden könnte, wenn keine weitere Sonderregel normiert wird. Eine erleichterte Ersetzbarkeit ist jedoch nicht zu befürworten, da diesem Elternteil die Erlangung des Sorgerechts aus obigem Grund nicht vorgehalten werden kann. Vielmehr bedarf es für den Verlust der verwandtschaftlichen Beziehung einer weiteren Einschränkung, die, entsprechend des Gedanken in § 1748 I-III BGB, in dem Erfordernis eines Eignungsmangels zu sehen ist.

---

<sup>902</sup> Ähnlich Coester FamRZ 95, 1245 (1251), der generell die Rechtsfolge der Beendigung der Vater-Kind-Beziehung bei der Stiefkindadoption als unverhältnismäßig ansieht.

Dies rechtfertigt sich ferner aus der Überlegung, dass bei der Stiefkindadoption nur ein eingeschränktes Bedürfnis für die Annahme besteht<sup>903</sup>. Soweit es lediglich darum geht, dem Kind, neben der sorgeberechtigten Mutter, auch den Stiefvater rechtlich zuzuordnen und Elternrechte einzuräumen, stellt sich die Situation gänzlich verschieden zur Adoption durch Dritte dar.

Bei Drittadoptionen hat der adoptionsfreigabewillige Elternteil entweder kein Sorgerecht oder gibt es in diesem Moment bewusst auf. Soweit nun der andere Elternteil ebenso nicht sorgerechtsfähig oder -willig ist, ist die erleichterte Einwilligungsersetzung gerechtfertigt, da für das Kind keine andere relevante Alternative als die Adoption durch Dritte besteht.

Bei der Stiefkindadoption bleibt dem Kind dagegen die Mutter erhalten. Darüber hinaus verliert es seinen ursprünglichen rechtlichen Vater und erhält dafür den Stiefvater als rechtlichen Vater. Kraft Ehe der Mutter und ausweislich der Adoptionsbereitschaft ist dieser regelmäßig dem Kind gegenüber ohnehin aufgeschlossen, sodass es oftmals allein darum geht, den rechtlichen Vater aus der Vaterrolle zu verdrängen. Da sich für das Kind aus der Stiefkindadoption regelmäßig kein nennenswerter Vorteil ergibt und demgegenüber der vollständige Verlust der verwandtschaftlichen Beziehung zum rechtlichen Vater und dessen Verwandten steht, kann dies den einschneidenden Eingriff oftmals nicht rechtfertigen<sup>904</sup>.

### **bbb) Ergebnis**

Entsprechend dieser Argumentation entscheidet auch die derzeitige Rechtsprechung und setzt dabei an einer restriktiven Auslegung des Merkmals des unverhältnismäßigen Nachteils im Rahmen von Stiefkindadoptionen an<sup>905</sup>. Dass das Unterbleiben der Stiefkindadoption dem Kind einen solchen unverhältnismäßigen Nachteil bereiten würde, wird nur in seltenen Fällen angenommen, da sich die Lebensumstände des Kindes, das im Regelfall gerade bei den Eheleuten wohnt, kaum verändern werden.

Folglich ist die erleichterte Ersetzbarkeit der Einwilligung nach § 1748 IV - alternativ wieder einzuschränken und auf alle<sup>906</sup> Stiefkindadoptionen als nicht anwendbar festzusetzen<sup>907</sup>.

### **ee) Ergebnis**

Infolgedessen könnte die gesetzliche Ausgestaltung dergestalt reformiert werden:

**§ 1747 III Nr. 2 - ersatzlos zu streichen;**

**§ 1748 IV - alternativ:**

*(1) Soweit ein Elternteil nicht sorgeberechtigt ist, hat das Vormundschaftsgericht dessen Einwilligung zu ersetzen, wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigen Nachteilen gereichen würde und nicht überwiegende Belange des Elternteils entgegenstehen.*

---

<sup>903</sup> Vgl. dazu die Nachweise in FbN. 879.

<sup>904</sup> So auch schon Coester JZ 92, 809 (816), der die Stiefkindadoption einschränken und auch rechtlich eine derartige patch-work-family erhalten will.

<sup>905</sup> BGH FamRZ 05, 891 (892); BVerfG 06, 94 (95); vgl. dazu Maurer FamRZ 06, 96 (97); BayObLG 89, 429 (429); ebenso und m.w.N.: Soergel/Liermann § 1748 Rdn. 28 ff; Staudinger/Frank § 1748 Rdn. 45 f; ebenso Erman/Holzhauser § 1748 Rdn. 5, wonach die Anwendung von § 1748 BGB in diesen Fällen kaum denkbar ist.

<sup>906</sup> Diese Einschränkung muss unabhängig davon gelten, ob der Ehegatte, dessen Kind von dem anderen Ehegatten (Stiefelternteil) angenommen wird, selbst sorgeberechtigt ist. Der Ausschluss der erleichtert ersetzbaren Einwilligung hat erst recht zu gelten, wenn diesem Ehegatten das Sorgerecht nicht zusteht und daher dem Stiefvater allein zugesprochen werden soll.

<sup>907</sup> Dies dürfte auch der ursprünglichen gesetzgeberischen Absicht entsprechen, wonach eine Ersetzungsmöglichkeit deshalb eingeführt wurde, um das Schicksal verlassener, insb. in Heimen lebender Kinder, zu verbessern (so BT-Drucks 7/421 S. 5).

*(2) Die erleichterte Ersetzbarkeit gilt nicht, wenn das Kind von dem Ehegatten eines Elternteils adoptiert werden soll.*

### **§ 1748 V - neue Fassung:**

*Die Annahme darf erst ausgesprochen werden, wenn über einen vorgebrachten Sorgerechtsantrag des betroffenen Elternteils entschieden wurde, es sei denn, dass unabhängig davon eine Einwilligungsersetzung nach Absatz I bis III stattgefunden hat.*

Dieser Ansatz bietet den Vorteil, dass er sich in das geltende Recht einfügt. Soweit ein Elternteil nicht sorgeberechtigt ist, können ihm elterliche Pflichtverletzungen im Sinne des § 1748 I BGB nur eingeschränkt vorgeworfen werden. In Betracht kommen insbesondere Pflichtverletzungen im Bereich des Unterhalts- und Besuchsrechts<sup>908</sup>. Aus diesem Grunde ist es gerechtfertigt, ihm gegenüber eine erleichterte Ersetzungsmöglichkeit festzuschreiben. Auch die von § 1748 I BGB geforderte Gleichgültigkeit spiegelt sich in diesem System wieder. Soweit sich der nicht sorgeberechtigte Elternteil während des Adoptionsverfahrens nicht um das Sorgerecht bemüht und damit keine Sorgerechtswilligkeit und -fähigkeit offen legt, ist eine erleichterte Ersetzung daher ebenfalls gerechtfertigt.

Mit einer derartig differenzierenden Umsetzung wird der Anwendungsbereich der erleichterten Ersetzbarkeit nach § 1748 IV BGB erweitert. Eltern, die zur Zeit der Ersetzung kein Sorgerecht erlangt haben, werden, unabhängig von einer bestehenden Ehe und einer früheren Sorgeberechtigung, nunmehr von § 1748 IV erfasst. Entsprechend obiger Argumentation ist dies gerechtfertigt und konsequent, um die aufgeführten Benachteiligungen zu vermeiden.

### **e) Rechtsprechung des EGMR**

Der bereits erwähnten richtungsweisenden Entscheidung des EGMR hinsichtlich des Adoptionsrechts (Keegan<sup>909</sup> - D.II.6.c), ist mittels der Erweiterung des Einwilligungsrechts auf alle Elternteile, unabhängig dem Bestehen einer Ehe, ausreichend Geltung verschafft worden<sup>910</sup>.

Konventionsrechtliche Probleme sind allenfalls hinsichtlich der Ausgestaltung der erleichterten Ersetzbarkeit denkbar und entsprechen den Ausführungen zur grundrechtlichen Problematik. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach Ansicht des EGMR jeder Mitgliedsstaat verpflichtet ist, auf die Zusammenführung der genetischen Eltern mit ihrem Kind hinzuwirken und sicherstellen muss, dass sich bestehende Familienbeziehungen weiter entwickeln können<sup>911</sup>. Demnach sind diese zum Wohl des Kindes aufrecht zu erhalten, da sie „zu zerreißen bedeutet, ein Kind von seinen Wurzeln abzuschneiden und dies nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt sein kann“<sup>912</sup>.

Insoweit bestätigt dies die oben aufgeworfene Kritik, sodass eine Abhilfe mittels des Reformvorschlags zu befürworten ist.

---

<sup>908</sup> Palandt/Diederichsen § 1748 Rdn. 4.

<sup>909</sup> EMRK FamRZ 95, 110 (110 ff - Keegan); vgl. dazu Brötel FamRZ 95, 72 (72 ff); Fahrenhorst FuR 95, 107 (107 ff); Dörr JuS 96, 257 (257 f); Rudolf EuGRZ 95, 110 (110 ff).

<sup>910</sup> Vgl. Brückner FPR 05, 200 (203); Brötel FamRZ 95, 72 (72 ff).

<sup>911</sup> Zuletzt so: EMRK NJW 04, 3397 (3399 - Görgülü) m.w.N., vgl. dazu auch Fahrenhorst FamRZ 96, 454 (454 ff); Rixe FamRZ 04, 1460 (1463); Zeycan FuR 04, 443 (443 ff).

<sup>912</sup> Zuletzt so: EMRK NJW 04, 3397 (3399 - Görgülü) m.w.N.; vgl. dazu Rixe FamRZ 04, 1460 (1463); Zeycan FuR 04, 443 (443 ff).

## **8) Auswirkung einer Stiefkindadoption - § 1756 II BGB**

Im Zusammenhang mit der Adoption, der Benachteiligung nichtehelicher Väter und der damit verbundene Anknüpfung an die Sorgerechtsverteilung ist noch eine weitere Problematik anzusprechen. Diese ergibt sich, wenn man die Folgen einer Stiefkindadoption betrachtet.

### **aa) Rechtliche Stellung bei der Stiefkindadoption**

Gemäß § 1755 I BGB führt die Adoption grundsätzlich zum Erlöschen der bisherigen Verwandtschaftsbeziehungen, wobei gemäß §§ 1755 II, 1756 I, II BGB Ausnahmen bestehen. Nach § 1756 II BGB erlischt bei der Annahme des Kindes durch den (angeheirateten neuen) Stiefelternteil das Verwandtschaftsverhältnis zu den Verwandten des verstorbenen Elternteils nicht, wenn dieser, im Zeitpunkt des Todes<sup>913</sup>, die elterliche Sorge getragen hat. Diese in der Kindschaftsrechtsreform<sup>914</sup> reformierte Vorschrift erfasst nun auch die nichtehelichen Kinder und hält ebenso deren Verwandtschaftsverhältnisse gegebenenfalls aufrecht.

### **bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Diese Regelung ist verfassungsrechtlich kritisch, da die Norm die Aufrechterhaltung der Rechtsbeziehungen davon abhängig macht, ob der verstorbene Elternteil Mit- oder Alleininhaber der elterlichen Sorge war<sup>915</sup>.

#### **aaa) Benachteiligung der nichtehelichen Väter**

Die auf das Eltern-Kind-Verhältnis beruhende Beziehungen zu den Verwandten werden folglich nur als schützenswert angesehen, wenn der fragliche Elternteil sorgeberechtigt war. Dies ist insbesondere deswegen bedenklich, da die Mutter eines nichtehelichen Kindes nach geltendem Recht den Vater allein aufgrund ihres Vetos von der elterlichen Sorge ausschließen kann (§§ 1626 a, 1672 I BGB) und dieser demzufolge keine eigenständige rechtliche Möglichkeit hat, das Sorgerecht zu erlangen (**E.II.1** und **2**). Verwandtschaftsbeziehungen können damit einerseits mangels Sorgebeteiligung erlöschen, obwohl in der Vergangenheit ein intensiv gelebtes Vater-Kind-Verhältnis bestand, andererseits aber auch kraft Sorgerecht fortbestehen, obwohl eine Mitsorge allein rechtlich existierte. Dementsprechend werden dadurch insbesondere Väter nichtehelicher Kinder und deren Verwandte benachteiligt, da sie im Rahmen des Sorgerechts oftmals - berechtigt oder unberechtigt - zurückstehen müssen.

Allerdings ist § 1756 BGB selbst dann zu überarbeiten, wenn die Sorgerechtsverteilung im nichtehelichen Recht entsprechend obigen Vorgaben reformiert wird (**E.II.1.e** und **2.c**).

#### **bbb) Anknüpfung an die Sorgerechtsverteilung**

Gegen die Ausgestaltung des § 1756 II BGB sind, unabhängig von der Benachteiligung der Väter nichtehelicher Kinder, Bedenken zu erheben. Die Anknüpfung an das Kriterium der Sorgerechtsverteilung ist verfehlt<sup>916</sup>. Dies wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass bei zunächst gemeinsamer elterlicher Sorge (mittels Ehe oder Sorgeerklärung) diese auch wieder enden kann. Können sich die Eltern bei einer Trennung hinsichtlich der Sorgerechtsverteilung nicht einigen, kann es kraft gerichtlicher Entscheidung zu einer Sorgerechtsübertragung auf den anderen Elternteil kommen (§ 1671 BGB). Mangels

---

<sup>913</sup> Dem Gesetzeswortlaut so nicht zu entnehmen, vgl. aber Staudinger/Frank § 1756 Rdn. 26 ff.

<sup>914</sup> BT-Drucks 13/4899 S. 115.

<sup>915</sup> Frank FamRZ 98, 393 (398); Rixe FamRZ 04, 1460 (1463).

<sup>916</sup> Baer ZfJ 96, 123 (124); Staudinger/Frank § 1756 Rdn. 26; MüKo/Maurer § 1756 Rdn. 11; kritisch auch Soergel/Liermann § 1756 Rdn. 12, der aber die Verfassungsmäßigkeit selbst nicht bezweifelt.

fortbestehendem Sorgerecht würde demzufolge bei einer anschließenden Stiefkindadoption das Verwandtschaftsverhältnis zu den Verwandten des (zwischenzeitlich) verstorbenen Elternteils entfallen, obwohl eine intensive Eltern-Kind-Beziehung bestanden haben kann.

Demgemäß ist § 1756 II BGB grundlegend zu reformieren. Hierbei erscheint ein Vorschlag von Frank als angemessen, der ein Erlöschen der verwandtschaftlichen Beziehung stets ablehnen will, wenn bei einer Stiefkindadoption ein Elternteil verstorben ist<sup>917</sup>. Dies begründet er mit dem Argument, dass mit dem Tod des Elternteils auch dessen Einwilligungserfordernis in die Adoption und damit die Möglichkeit, sich gegen diese zu wehren, entfallen ist.

Ferner spricht für eine derartige Ausgestaltung, dass eine Kollision der Rechtsausübung durch den verstorbenen Elternteil und den neuen Stiefelternteil nicht möglich und daher eine Entscheidung für einen der beiden nicht mehr erforderlich ist. Die Verwandtschaft des ursprünglich rechtlichen Vaters und dessen Verwandten kann vielmehr neben dem Stiefvater (und dessen Verwandten) bestehen bleiben. Eine darüber hinaus gehende Verdrängung stellt einen unnötigen und unverhältnismäßigen Eingriff dar.

### **ccc) Reformansatz**

Dementsprechend ist § 1756 II BGB wie folgt zu fassen:

#### ***§ 1756 II - alternativ:***

*Nimmt ein Ehegatte das Kind seines Ehegatten an, so erlischt das Verwandtschaftsverhältnis zu den Verwandten des verstorbenen Elternteils nicht.*

## **9) Weitere Rechte**

Über die bereits problematisierten Punkte hinaus hat der Vater eines nichtehelichen Kindes weitere Rechte. Diese entsprechen denen eines Vaters eines ehelichen Kindes. Insoweit liegt eine Kongruenz vor, sodass eine Ungleichbehandlung ausscheidet. Im Folgenden wird demgemäß nur auf die wesentlichen Rechte und ihren Gleichlauf hingewiesen.

### **a) Umgangsrecht § 1684 BGB**

Durch die Kindschaftsrechtsreform ist der nichteheliche Vater dem ehelichen Vater im Bereich des Umgangs gleichgestellt worden<sup>918</sup>. Der rechtliche Vater ist gemäß § 1684 I BGB, unabhängig von einer bestehenden Ehe und einer Sorgeberechtigung, zum Umgang mit dem Kind berechtigt und verpflichtet<sup>919</sup>. Er unterliegt, im Gegensatz zum biologischen Vater, nicht den Einschränkungen des § 1685 BGB (s.o. **D.II.2**).

---

<sup>917</sup> Frank FamRZ 98, 393 (398); Staudinger/Frank § 1756 Rdn. 27; MüKo/Maurer § 1756 Rdn. 11.

<sup>918</sup> Kindschaftsrechtsreform in BT-Drucks 13/4899; vgl. allgemein zum Umgangsrecht nach der Reform, Rauscher FamRZ 98, 329 (330 f, 335 f). Die alte Rechtslage, wonach gemäß § 1711 BGB a.F. das Umgangsrecht des nichtehelichen Vaters gesondert geregelt und begrenzt war, wurde aufgehoben. Diese Norm wurden vielfach als Verstoß gegen das GG, die EMRK und die Kinderrechtskonvention angesehen, vgl. dazu m.w.N. Brötel ZfJ 98, 141 (141 ff); zur Entwicklung vgl. Finger JZ 89, 231 (231 ff).

<sup>919</sup> BVerfG FamRZ 06, 605 (606); zur Rechtsprechung vgl. Motzer FamRZ 00, 925 (925 ff). Hinsichtlich des Umgangsrechts ist insb. auch die gefestigte Rechtsprechung des EMRK zu beachten, die in einer Vielzahl von Fällen die BRD betraf. Im Mittelpunkt der Entscheidungen stehen verfahrensrechtliche Fragen hinsichtlich der Pflicht zur Einholung eines Sachverständigengutachtens sowie die Pflicht zur Anhörung des Vaters und des Kindes (so EGMR NJW 01, 2315 (2315 ff - Elsholz); EGMR FamRZ 02, 381 (381 ff - Sommerfeld); EGMR EuGRZ 02, 25 (25 ff - Sahin) als auch hinsichtlich der Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, die Zusammenführung eines Elternteils mit seinem Kind zu ermöglichen und die Anforderungen bezüglich des Kindeswohls zu beachten (so EGMR NJW 04, 3397 (3397 ff - Görgülü)); dazu Rixe FamRZ 04, 1460 (1463); Zeycan FuR 04, 443 (443 ff). Vgl. dazu Lenz/Baumann FPR 04, 303 (303 ff) und Brückner FPR 05, 200 (201 f).

### **b) Auskunftsrecht § 1686 BGB**

Gemäß § 1686 BGB ist der rechtliche Vater, unabhängig von der Sorgerechtsverteilung, über die persönlichen Verhältnisse des Kindes auskunftsberechtigt<sup>920</sup>.

### **c) Erbrecht des Vaters §§ 1925 I, 2303 II BGB**

Der rechtliche Vater ist Verwandter des Kindes und daher gemäß §§ 1925 I, 2303 II BGB gesetzlich erbberechtigt,

### **d) Unterhalt von dem Kind §§ 1601 ff BGB**

Ebenso kann er als Verwandter des Kindes bei Bedürftigkeit von diesem Unterhalt verlangen, §§ 1601 ff BGB.

### **e) Recht auf Klärung der genetischen Abstammung**

Fraglich ist allerdings, ob dem rechtlich anerkannten Vater von nichtehelichen Kindern ein Recht auf Klärung der genetischen Abstammung zusteht.

Anders als beim biologischen Vater ist die Ausgangssituation gänzlich verschieden (dazu **D.II.4**). Er ist als rechtlicher Vater anerkannt und hat in der Regel kein Interesse daran, die genetische Vaterschaft auch positiv nachzuweisen. Allenfalls kann er die Klärung der genetischen Abstammung anstreben, da er sich trotz Anerkennung<sup>921</sup> der Vaterschaft nicht sicher ist, der genetische Vater des Kindes zu sein.

Dazu sind zwei rechtliche Möglichkeiten denkbar:

#### **aa) Positive Vaterschaftsfeststellungsklage**

In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob der Vater eine positive Feststellungsklage durchführen kann. Dies wird teilweise bejaht und damit begründet, dass die Sperrwirkung einer Vaterschaft die Rechtsstellung des Kindes schützen soll und der positive Nachweis der genetischen Verbundenheit aus diesem Grunde nicht entgegenstehe<sup>922</sup>.

Dies muss abgelehnt werden<sup>923</sup>. Unabhängig davon, ob überhaupt ein Rechtsverhältnis besteht<sup>924</sup> und das Rechtsschutzbedürfnis fraglich ist<sup>925</sup>, wird mit der möglichen negativen Bescheidung der Feststellungsklage das kontradiktorische Gegenteil, die Verneinung der genetischen Verbundenheit, nachgewiesen<sup>926</sup>. Statusrechtliche Änderungen und Feststellungen sind jedoch, soweit keine gesetzlichen Ausnahmen bestehen, ausschließlich der Vaterschaftsanfechtung vorbehalten.

---

<sup>920</sup> Weitergehend ist dagegen der Ansatz von Heumann FuR 02, 293 (295), der einen Auskunftsanspruch gegenüber den relevanten Informationsquellen vorschlägt, da dieser leichter durchsetzbar ist und mehr Gewähr für die Wahrheit bietet.

<sup>921</sup> Bei der Vaterschaftsfeststellung nach § 1600 d BGB besteht diese Problematik nicht, da dort die genetische Verwandtschaft bereits Voraussetzung ist.

<sup>922</sup> So wird Beitzke/Lüderitz § 22 III (aber Lüderitz in 27. A. nicht mehr) von Erman/Holzhauer § 1592 Rdn. 10 und Soergel/Gaul § 1593 (1987) Rdn. 19 verstanden; grundsätzlich die positive Feststellung ablehnend, aber in Ausnahmefällen zulassend Stein/Jonas/Schlosser § 640 Rdn. 27; vgl. auch Roth-Stielow Rdn. 165 ff.

<sup>923</sup> Erman/Holzhauer § 1592 Rdn. 10; MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 50; Soergel/Gaul § 1593 (1987) Rdn. 19; Gernhuber/Coester-Waltjen § 51 IX 1; eingeschränkt Stein/Jonas/Schlosser § 640 Rdn. 27.

<sup>924</sup> Vgl. dazu die Nachweise in FfBn. 381.

<sup>925</sup> Stein/Jonas/Schlosser § 640 Rdn. 27; Dölle § 87 II 5; Zöller/Philippi § 640 Rdn. 5; - a.A. MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 50; Soergel/Gaul § 1593 (1987) Rdn. 19; vgl. dazu auch die Nachweise in FfBn. 381.

<sup>926</sup> Soergel/Gaul § 1593 (1987) Rdn. 19; ähnlich MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 50, der insoweit auf die Befriedungsfunktion verweist.

Ein Recht auf isolierte Klärung der genetischen Verbundenheit, ohne statusrechtliche Auswirkungen, kennt das geltende Recht nicht.

#### **bb) Vaterschaftsanfechtung**

Demnach steht dem rechtlichen Vater prinzipiell nur das Recht auf Vaterschaftsanfechtung zur Verfügung. Gemäß § 1600 I Nr. 1 BGB ist er anfechtungsberechtigt.

Eine zur Zeit aktuelle Problematik ist, inwieweit der Vater das Anfechtungsverfahren durchführen kann und insbesondere, welche Voraussetzungen er dabei nachzuweisen hat. Dabei ist speziell die Zulässigkeit eines heimlichen Vaterschaftstests umstritten, welche in einem eigenen Kapitel noch gesondert behandelt wird (unter F). In diesem Zusammenhang wird erneut über die Einführung eines statusfolgenlosen Abstammungstestverfahrens diskutiert und ein derartiges Recht befürwortet (dazu F.III.IV.V). Dies wird besonders dann relevant, wenn der rechtliche Vater nur Interesse an einer Klärung der Abstammung hat, da mittels Vaterschaftsanfechtung zwingend die Abänderung des Status verbunden ist.

#### **f) Recht zur Mitteilung der genetischen Abstammung**

Unproblematisch besteht demgegenüber ein Recht zur Mitteilung der genetischen Abstammung, da der rechtliche Vater von Gesetzes wegen als Vater des Kindes anerkannt ist.

#### **g) Recht auf Unterlassung anderweitiger Vaterschaftsbezeugungen**

Wie bereits ausgeführt, kommt der rechtlichen Vaterschaft eine Sperrwirkung zu. Das Behaupten einer anderweitigen oder das Bestreiten einer bestehenden Vaterschaft durch Dritte ist unzulässig. Soweit dagegen verstoßen wird, kann der rechtliche Vater einen Unterlassungsanspruch geltend machen (ausführlich s.o. D.II.5).

### **III Zusammenfassung**

Als Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen lässt sich aufzeigen, dass die Rechte von rechtlich anerkannten Vätern nichtehelicher Kinder in vielen Bereichen mit denen von verheirateten Vätern gleich laufen und bei Abweichungen diese in der Regel sachlich gerechtfertigt sind.

Anders verhält es sich im Sorge- und Adoptionsrecht. Eine Reform ist dort dringend geboten. Darüber hinaus erscheint eine entsprechende Klarstellung im Namens- und Unterhaltsrecht vorteilhaft.



## **F Der rechtliche Vater bei zweifelhafter genetischer Vaterschaft und die Zulässigkeit heimlicher Vaterschaftstests**

Als Korrelat zu obiger Problematik kann sich für einen rechtlich anerkannten Vater die Frage stellen, ob er tatsächlich der Erzeuger des Kindes ist.

Aus diesem Grunde kann er ein Interesse an der Klärung der genetischen Abstammung haben. Dazu steht ihm primär das Recht zur Vaterschaftsanfechtung zur Verfügung, in dessen Rahmen die Abstammung regelmäßig durch ein gerichtliches Gutachten über die genetische Verbundenheit geklärt wird.

Nach gefestigter - aber nicht unbestrittener (dazu später) - Rechtsprechung reicht das bloße Bestreiten der Zeugung nicht aus, um ein Vaterschaftsanfechtungsverfahren einleiten zu können. Vielmehr muss der Kläger konkrete Umstände vortragen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Zweifel an seiner Vaterschaft zu wecken und die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann als nicht ganz fernliegend erscheinen zu lassen<sup>927</sup>.

Diese Voraussetzung<sup>928</sup> wird in der geltenden Rechtsprechung zwingend gefordert und als Anfangsverdacht bezeichnet. Insoweit besteht ein Zusammenhang mit der Anfechtungsfrist nach § 1600 b BGB, wonach die den Anfangsverdacht begründende Kenntnis mit der die Anfechtungsfrist auslösenden Kenntnis übereinstimmt<sup>929</sup>.

Im Rahmen der Begründung des Anfangsverdachts stellt sich das Problem, inwieweit der Anfechtungskläger dabei einen Vaterschaftstest durchführen darf.

In letzter Zeit wurde in der Öffentlichkeit gehäuft über die rechtliche Zulässigkeit von heimlichen Vaterschaftstests diskutiert. Hintergrund dieser Debatte waren zwei Entscheidungen des BGH sowie diverse öffentliche politische Stellungnahmen.

### **I) Die Ansicht der Rechtsprechung**

In den vorliegenden Fällen hatten die Väter, ohne die Zustimmung der Kinder und der allein sorgeberechtigten Mütter, eine private DNA-Vateranalyse durchgeführt und wollten das Ergebnis, im Rahmen einer Vaterschaftsanfechtungsklage zur Begründung des Anfangsverdachts, verwerten.

Der BGH entschied hierzu, dass ein Test ohne Wissen des Betroffenen im Vaterschaftsanfechtungsprozess nicht als Beweismittel verwendet werden darf<sup>930</sup>.

---

<sup>927</sup> Grundlegend BGH FamRZ 98, 955 (956); vgl. ausführlich dazu m.w.N. unter **F.II.3.a**.

<sup>928</sup> Rechtsdogmatische Besonderheit ist insoweit, dass durch den erforderlichen Anfangsverdacht Elemente des Beweisrechts in die Schlüssigkeit hineinwirken, Klinkhammer FF 05, 150 (151); kritisch dazu AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 24 m.w.N.

<sup>929</sup> BGH FamRZ 98, 955 (956); OLG Jena FPR 03, 374 (375); Völker jurisPR-FamR 7/2005 v. 05.04.05, Anm. 2; Klinkhammer FF 05, 150 (151); AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 23.

<sup>930</sup> BGH FamRZ 05, 340 (340 ff) und BGH FamRZ 05, 342 (342 ff); ebenso die Vorinstanzen OLG Thüringen FamRZ 03, 944 (944 f); OLG Celle FamRZ 04, 481 (481 f); ebenso OLG Jena FPR 03, 374 (375); - anders noch OLG Karlsruhe FamRZ 03, 52 (53); ebenso ferner nachfolgende Entscheidungen: BGH FamRZ 06, 686 (686 f), dazu Muscheler FamRZ 06, 689 (689 ff); Müller FamRB 06, 172 (172); OLG Koblenz FamRZ 06, 808 (808), dazu Richter FamRZ 06, 1220 (1220 f), Müller FamRB 06, 208 (208).

Auf eine heimliche DNA-Vaterschaftsanalyse könne der Anfangsverdacht nicht gestützt werden. Der heimliche Test, ohne ausdrückliche Zustimmung, verletzte das Persönlichkeitsrecht und insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Kindes<sup>931</sup> und sei daher rechtswidrig<sup>932</sup>. Rechtswidrig erlangte Beweismittel sind im Zivilprozess jedoch grundsätzlich nicht verwertbar.

Auch die Weigerung des Kindes oder der Mutter als gesetzliche Vertreterin, der Einholung einer solchen Analyse und der Verwertung ihrer Ergebnisse zuzustimmen, sei als solche regelmäßig nicht geeignet, einen Anfangsverdacht zu begründen. Die berechtigte Weigerung sei Ausfluss des negativen informationellen Selbstbestimmungsrechts, infolgedessen sie nicht zum Gegenstand einer gerichtlichen Untersuchung gemacht und damit letztlich ausgehöhlt werden könne.

Das Grundrecht des Kindes braucht nach Ansicht des Gerichts nicht hinter dem Interesse des Mannes, Gewissheit über die genetische Vaterschaft zu erlangen, zurückstehen. Demnach müsse dessen Interesse auf Klärung der genetischen Abstammung und die Gefahr seiner unberechtigten Inanspruchnahme bezüglich der väterlichen Pflichten (insbesondere Unterhalt) in der Abwägung hinter dem Persönlichkeitsrecht des Kindes zurücktreten. Gerade das Kindeswohl und dabei besonders das Interesse in der gewohnten sozialen Beziehung aufzuwachsen, sei als höherwertig anzusehen.

Nicht näher eingegangen ist das Gericht auf die Argumentation der Vorinstanz<sup>933</sup>, wonach gegen die Verwertbarkeit auch spreche, dass nicht sichergestellt ist, ob das genetische Material tatsächlich von den betroffenen Personen stammt.

## **II) Stellungnahme in der Literatur und Rechtsprechung**

Diese Rechtsprechung des BGH hat eine vielfache Reaktion hervorgerufen. Eine Entscheidung des BVerfG wurde mittlerweile beantragt<sup>934</sup>.

### **1) Zustimmende Stellungnahmen**

Weitgehend sind die Entscheidungen des BGH auf Zustimmung gestoßen, da die Urteile der Auffassung der meisten unterinstanzlichen Gerichte folgen<sup>935</sup>, der standesrechtlichen

---

<sup>931</sup> Ohly JZ 05, 626 (627) verweist daneben auf § 823 I BGB, wodurch ebenfalls die heimliche Erlangung und Verwertung von höchstpersönlichen Informationen geschützt ist.

<sup>932</sup> Der BGH verweist dabei auf den hohen Stellenwert dieses Grundrechtes und verdeutlicht dies mit der Ausgestaltung von § 81 g StPO, Art. 5 der Allgemeinen Erklärung der UNESCO zum menschlichen Genom, den Menschenrechten vom 11.11.1997, Art. II-68 der EU-Verfassung sowie Art. 8 EMRK und Art. 8 I, 16 der UN-Kinderrechtskonvention. Zudem zieht er die Rechtsprechung zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Kenntnisse aus dem heimlichen Mithören eines Telefonats sowie die zur heimlichen DNA-Analyse für eine Verdachtskündigung im Arbeitsrecht heran. Ferner vergleicht er die Rechtslage in ausländischen Staaten.

<sup>933</sup> OLG Celle FamRZ 04, 481 (481 f); - a.A. insoweit Huber FamRZ 04, 825 (826); Muscheler FPR 05, 185 (186), wonach dies abwegig sei, da spätestens in der gerichtlichen Begutachtung das Vorgehen scheitern würde.

<sup>934</sup> Aktenzeichen 1 BvR 421/05 und 1 BvR 465/01; vgl. insoweit auch BT-Druck 16/1141 S. 3; vgl. zur Kritik an der grundrechtsdogmatischen Argumentation des BGH, Lindner NVwZ 05, 774 (774 f).

<sup>935</sup> OLG Celle FamRZ 04, 481 (481 f), wobei dort der heimliche Vaterschaftstest allein wegen des fehlenden Nachweises der Herkunft des untersuchten Genmaterials zurückgewiesen werden konnte und damit eine Entscheidung offengelassen blieb; gegen diese Argumentation Huber FamRZ 04, 825 (826); Muscheler FPR 05, 185 (186); ebenso dem BGH folgend: OLG Thüringen FamRZ 03, 944 (945); kritisch auch AG Korbach FamRZ 05, 290 (291); OLG Jena FPR 03, 374 (375); - a.A. OLG Karlsruhe FamRZ 03, 52 (53); sowie auch LG München FamRZ 03, 1580 (1580 f) mit grundsätzlichen Erwägungen über die wettbewerbsrechtliche

Regelung der Bundesärztekammer entspricht<sup>936</sup> und sich weitgehend mit der Ansicht der Literatur deckt<sup>937</sup>.

Insbesondere das Einwilligungserfordernis an sich wird wegen der grundrechtlichen Gefährdungslage in der Literatur nahezu einhellige befürwortet<sup>938</sup>.

## **2) Ablehnende Stellungnahmen**

Teilweise wird in der Literatur die Entscheidung des BGH aber auch grundsätzlich in Frage gestellt und verstärkt auf die Grundrechte des Vaters verwiesen.

Im Rahmen der Abwägung des grundrechtlichen Konflikts sollen insbesondere noch die folgenden Punkte beachtet werden, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten.

### **a) Förderung des Kindeswohls mittels Bestätigung der Vaterschaft**

Ein entscheidendes Kriterium sei demzufolge erneut der Schutz des Kindeswohls, welcher sich dahin manifestiert, als das ungestörte Aufwachsen in der gewohnten sozialen Bindung sichergestellt werden soll. Nicht übersehen werden darf dabei, dass solche Tests oftmals kindesbegünstigende Folgen bewirken. 80% der Tests bestätigen die Vaterschaft und zerstreuen damit die Zweifel der Väter<sup>939</sup>. Dies wirkt sich regelmäßig in einer positiven Beziehungsentwicklung aus, da ein - gegebenenfalls offen - zweifelnder Vater regelmäßig störender wirkt als ein eingeholter Test, welcher die Vaterschaft bestätigt.

---

Unbedenklichkeit der gewerblichen Durchführung von heimlichen Vaterschaftstests und deren Werbung; dazu Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 114.

<sup>936</sup> Vgl. die Richtlinien des Robert-Koch-Instituts und der Bundesärztekammer für die Erstattung von Abstammungsgutachten (FamRZ 02, 1159 (1159 ff)), dabei handelt es sich um ein Regelwerk der Standesethik ohne unmittelbare rechtliche Wirkung; (zum Streit um die Rechtsverbindlichkeit Rittner/Rittner NJW 02, 1745 (1747), Mutschler FamRZ 03, 74 (75) je m.w.N.); demnach darf die Abstammung einer Person nur mit dessen Zustimmung oder der Zustimmung seines Sorgeberechtigten untersucht werden. Vgl auch die ergänzenden Leitlinien der Sachverständigen für Abstammungsgutachten, FamRZ 03, 81 (81 f); dazu Orgis FamRZ 02, 1157 (1157 f); Geserick FPR 02, 380 (380 ff); kritisch Martin/Muche/Zang FamRZ 03, 76 (76 f); vgl Stellungnahme des dt. Ärztetages DÄBl. 01, B 1265 f und die Erklärung der Sachverständigen für Abstammungsgutachten DAVorm 00, 817 (818); zu all dem auch Krause/Martin/Hesse/Muche JAmt 02, 336 (336 ff).

<sup>937</sup> Mutschler FamRZ 03, 74 (74); Wellenhofer FamRZ 05, 665 (665 ff); Wanitzek FPR 02, 390 (395 f, 399); kritisch Völker jurisPR-FamR 7/2005 v. 05.04.05, Anm. 2; Harms jurisPR-FamR 9/2005 v. 03.05.05, Anm. 2; Laumen FamRB 05, 132 (132); Ohly JZ 05, 626 (626 ff); AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 c Rdn. 16 ff; Palandt/Diederichsen Einl. § 1589 Rdn. 11; Musielak/Foreste § 286 Rdn. 7; Zöller/Philippi § 640 d Rdn. 2, § 641 i Rdn. 4; Zöller/Greger § 286 Rdn. 15 b; Bohnert FPR 02, 383 (389); vgl. auch Rittner/Rittner NJW 05, 945 (946); dies ZRP 04, 215 (215); dies. NJW 02, 1745 (1751) und Wellenhofer FamRZ 05, 665 (667 f); je m.w.N. hinsichtlich der umstrittenen Rechtslage über die Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln im Zivilrecht; dazu auch Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 112 ff; - a.A. entgegen des BGH aber Wellenhofer FamRZ 05, 665 (668); Muscheler FPR 05, 185 (186); kritisch Wolf NJW 05, 2417 (2419).

<sup>938</sup> Rittner/Rittner NJW 05, 945 (946); dies. NJW 02, 1745 (1748); dies. ZRP 04, 215 (215); Rittner FPR 05, 187 (187 f); Wolf NJW 05, 2417 (2419); Damm MedR 99, 437 (438 ff); Geserick FPR 02, 380 (381); Wanitzek FPR 02, 390 (399); Musielak/Foreste § 286 Rdn. 7; Zöller/Greger § 286 Rdn. 15 b; Zöller/Philippi § 640 d Rdn. 2, § 641 i Rdn. 4; Palandt/Diederichsen Einf. §§ 1591 ff Rdn. 11; Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 113; eingeschränkt Reichelt/Schmidt/Schmidtke FamRZ 95, 777 (779), die zwar vom Einverständniserfordernis ausgehen, aber bei mangelndem Einverständnis aus Abwägungsgesichtspunkten eine Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts ablehnen; - a.A. Bohnert FPR 02, 383 (389), die das generelle Erfordernis der Einwilligung ablehnt und Privatgutachten als zulässig ansieht, soweit sie nicht gegen den ausdrücklichen Willen des Sorgeberechtigten erfolgen.

<sup>939</sup> Dieser Prozentsatz wird in der Literatur (dazu die Verweisungen in FbN. 937 wiederholt angeführt und von den Gegenansicht in keiner Weise bestritten.

Dies bedeutet letztlich, dass mit der Zulässigkeit von Vaterschaftstests für den Erhalt der intakten Familie oftmals mehr getan werden kann als mit einer restriktiven Haltung<sup>940</sup>. Eine rasche Klärung ist daher vielfach sowohl einem Dauerzustand des Misstrauens und Konflikts als auch einem gerichtlichen Verfahren über die Untreue (möglicherweise verbunden mit einer zwangsweisen Untersuchung der Betroffenen nach § 372 a ZPO) vorzuziehen.

In diesem Sinne wird der Entscheidung auch vorgeworfen, zuwenig Rücksicht auf das Schutzgebot der Familie aus Art. 6 I GG zu nehmen<sup>941</sup>.

Letztere Argumentation muss jedoch insoweit eingeschränkt werden, als dies zwar gegen ein gesetzliches Verbot von heimlichen Vaterschaftstests sprechen kann, aber nicht deren Verwertung in einem gerichtlichen Verfahren rechtfertigt.

Wenn es um die Frage der Verwertbarkeit eines heimlichen Vaterschaftstests in einem gerichtlichen Anfechtungsverfahren geht, ist dieser im Vorfeld stets negativ ausgefallen. Anderenfalls wäre es kaum zu einem Anfechtungsverfahren gekommen. In Fällen, in denen es daher auf Grund eines heimlichen Vaterschaftstests zu einem gerichtlichen Verfahren kommt, konnte ein heimlicher Vaterschaftstest dementsprechend keine positive Wirkung entfalten.

Obige Argumentation kann infolgedessen gegen die politische Entwicklung angeführt, aber nicht dem Urteil des BGH entgegengehalten werden.

### **b) Entscheidungsmacht der Mutter hinsichtlich des Kindeswohls**

Ferner wird die Rechtsprechung dahingehend kritisiert, dass das Kindeswohl nicht ausreichend berücksichtigt wird, wenn der Mutter regelmäßig die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Durchführung des Vaterschaftstests verbleibt<sup>942</sup>.

Ein rechtmäßiger Vaterschaftstest erfordert die Einwilligung des betroffenen Kindes, wobei dessen Minderjährigkeit regelmäßig zu einem Einverständnisrecht der Mutter führt.

Soweit das Kind nicht die hinreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit aufweist<sup>943</sup>, entscheiden die gesetzlich Sorgeberechtigten<sup>944</sup>. Sowohl bei Alleinsorge der Mutter als auch bei einem gemeinsamen Sorgerecht mit dem Vater kann dieser aus eigenem Recht nicht allein in die Durchführung der Analyse einwilligen. Deswegen erfordert die Entscheidung über die

---

<sup>940</sup> Muscheler FPR 05, 185 (186); Ohly JZ 05, 626 (627 f); Huber FamRZ 04, 825 (825); Wellenhofer FamRZ 05, 665 (666); Plautz ZRP 04, 215 (215); LG München FamRZ 03, 1580 (1580 f); Spickhoff FamRZ 03, 1581 (1581); Huber FamRZ 04, 825 (826); ähnlich Mutschler FamRZ 04, 74 (76); Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 116, § 1599 Rdn. 21; so auch die Rede der Bundesjustizministerin Zypries v. 11.03.05, erhältlich unter [www.bmj.de](http://www.bmj.de); anders insoweit die Fälle von BGH FamRZ 05, 340 (340 ff); BGH FamRZ 05, 342 (342 ff); OLG Celle FamRZ 04, 481 (482), welche zwingend von einer Kollision der Grundrechte ausgehen, wobei dies insoweit gerechtfertigt war, als die Väter, gerade wegen des feststehenden negativen Ergebnisses, die Vaterschaft anfechten wollten.

<sup>941</sup> Ohly JZ 05, 626 (628); Plautz ZRP 04, 215 (215); Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 116; ähnlich LG München FamRZ 03, 1580 (1580 f); Spickhoff FamRZ 03, 1581 (1581).

<sup>942</sup> Ohly JZ 05, 626 (627 f); Muscheler FPR 05, 185 (186 f); Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 116; vgl. auch Wolf NJW 05, 2417 (2421).

<sup>943</sup> Vgl. zu dem Streit zur Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger im persönlichkeitsrechtlichen Bereich, je m.w.N. Palandt/Thomas § 823 Rdn. 42; Ohly JZ 05, 626 (627); Rittner/Rittner NJW 02, 1745 (1748). Soweit eine Einsichtsfähigkeit besteht ist umstritten, ob der Minderjährige allein oder nur zusammen mit seinem gesetzlichen Vertreter einwilligungsberechtigt ist. Der BGH (FamRZ 05, 840 (840 ff) und FamRZ 05, 842 (842 ff)) geht (in den vorliegenden Fällen!) ohne näher darauf einzugehen allein von der Sorgerechtsverteilung aus und bestimmt danach die Einwilligungsberechtigung (entgegen der differenzierenden Vorinstanzen, OLG Celle FamRZ 04, 481 (482) und OLG Thüringen FamRZ 03, 944 (945)) wonach in einem Fall die Einsichtsfähigkeit unproblematisch fehlte und im anderen Fall sowohl die Zustimmung der Mutter als auch des Kindes nicht vorhanden war).

<sup>944</sup> So ausdrücklich OLG Celle FamRZ 04, 481 (482); dem stillschweigend folgend BGH FamRZ 05, 840 (840 f).

Zulässigkeit des Vaterschaftstests regelmäßig die Mitwirkung der Mutter, die damit in einen Interessenkonflikt gebracht wird, aber in diesem weitgehend frei entscheiden kann. Seltsam mutet insbesondere an, dass der Mann auf die Einwilligung derjenigen Person angewiesen ist, um deren Seitensprung und Untreue es letztlich geht<sup>945</sup>.

Eine rechtliche Lösungsmöglichkeit wäre allein die Entziehung deren Vertretungsbefugnis und die Einsetzung eines Ergänzungspflegers (§§ 1629 II 3, 1909, 1915, 1796, BGB<sup>946</sup>), wobei dies in gleicher Weise einen Rechtsstreit provoziert und demzufolge - soweit sich die Rechtsprechung überhaupt darauf einlassen würde - keinerlei Vorteile verspricht<sup>947</sup>. Insbesondere werden dabei die Zweifel offengelegt, frühzeitig Dritte in die Auseinandersetzung miteinbezogen und damit die Auseinandersetzung öffentlich gemacht.

Um dies zu vermeiden, wird der Wille der Mutter grundsätzlich über die Frage des Kindeswohls gestellt.

Ebenso wie bei der vergleichbaren Problematik im Bereich des Vetorechts der Mutter im Rahmen des § 1626 a II BGB, kann aber nicht stets davon ausgegangen werden, dass eine Mutter immer allein im Interesse des Kindeswohls handelt (s.o. **E.II.1.c.aa.bbb.aaaa**).

Berücksichtigt werden muss auch die gegensätzliche Situation, welche in der Literatur und Rechtsprechung bisher nicht problematisiert wurde. Soweit nicht der Vater, sondern die Mutter an der rechtlichen Vaterschaft zweifelt, steht sie vor der identischen Problematik. Falls der rechtliche Vater über ein (Mit-) Sorgerecht verfügt, ist für einen Vaterschaftstest (zumindest bei einem einwilligungsunfähigen Kind) auch seine Einwilligung nötig<sup>948</sup>. Eine eigenständig Klärung ist der Mutter nach geltendem Recht ebenso wenig erlaubt. Dies tangiert erneut das Recht auf Klärung der Abstammung und kann gleichermaßen zu langanhaltenden Zweifeln und zu Beeinträchtigungen des Kindeswohls führen.

Offen und umstritten bleibt ferner, ob im Falle einer Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kindes dessen Einwilligung allein ausreichend ist oder ob daneben die gesetzlichen Vertreter zustimmen müssen<sup>949</sup>.

### **c) Berücksichtigung der Rechtsstellung des Vaters**

Die Entscheidung des BGH wird des Weiteren dahingehend beanstandet, dass sie einer umfassenden Interessenabwägung nicht nachgekommen sei und die Interessen des Vaters nicht ausreichend beachtet habe.

Kritisiert wird folglich, dass in der Abwägung das Grundrecht des Vaters auf Kenntnis seiner Nachkommenschaft nicht ausreichend berücksichtigt und im Verhältnis zur Möglichkeit der Mutter und des Kindes, an Kenntnis und Abänderbarkeit der Vaterschaft, ungleich behandelt wird. Darüber hinaus sollte als weiterer abwägungsrelevanter Gesichtspunkt auf Seiten des Vaters nicht die umfassende Pflichtenstellung der Elternschaft übersehen werden, die für ihn sowohl immateriell als auch materiell eine ungewollte Belastung darstellen kann. Vielfach wird dementsprechend das Recht des Vaters als höherwertig angesehen<sup>950</sup>.

---

<sup>945</sup> Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 21, Einl. §§ 1589 ff Rdn. 116.

<sup>946</sup> Die Einschränkung des § 1629 II (3) HS. 2 BGB gilt nicht, da dieser nur die Feststellung und nicht die Anfechtung der Vaterschaft erfasst, vgl. m.w.N. Wolf NJW 05, 2417 (2421); Palandt/Diederichsen § 1629 Rdn. 28; MüKo/Huber § 1629 Rdn. 76.

<sup>947</sup> Vgl. Ohly JZ 05, 626 (627); Rittner/Rittner NJW 02, 1745 (1748) insb. dort FbN. 42.

<sup>948</sup> Vgl. bspw. Ohly JZ 05, 626 (627) FbN. 20.

<sup>949</sup> Zum Streit m.w.N. Ohly JZ 05, 626 (627) sowie OLG Celle FamRZ 04, 481 (482); OLG Thüringen FamRZ 03, 944 (945) und insb. die weitem Nachweise in FbN. 943.

Für dieses Ergebnis wird zusätzlich angeführt, dass der Eingriff in das Recht des Kindes nicht als schwerwiegend anzusehen ist<sup>951</sup>. Ein Eingriff in die körperliche Integrität ist mittels der modernen Wissenschaft entbehrlich, da insbesondere hinterlassene Haut- und Speichelreste für die Untersuchung ausreichen. Ferner ist ein Vaterschaftstest kein Gentest oder gar eine Genanalyse, sondern allein der Vergleich des Strichcodes von DNA-Stücken<sup>952</sup>. Das untersuchende Institut wird außerdem regelmäßig (soweit das beabsichtigte Gendiagnostikgesetz<sup>953</sup> keine sich durchsetzende Änderung bewirkt) keine Kenntnis der Identität der zu untersuchenden Personen haben.

Die Kritik richtet sich, im Rahmen der Aufwertung der zu schützenden Interessen des Vaters, ebenso erneut gegen die mangelnde Berücksichtigung des Kindeswohls und des verfassungsrechtlichen Schutzes der Familie<sup>954</sup>. Insoweit entspricht die Argumentation weitgehend obigen Ausführungen und weist gleichfalls auf das vielfach positive Ergebnis der Vaterschaftstests hin. Dies kann kindes- und familienbegünstigend wirken und ebenso dem Interesse des Vaters entsprechen.

#### **d) Weitere Kritikpunkte**

Des Weiteren wird angeführt, dass die Rechtsprechung nicht geeignet ist, die vorliegende Problematik zu lösen. Insbesondere wird sie (allein<sup>955</sup>) vielfach nichts an der tatsächlichen Durchführung heimlicher Vaterschaftstests ändern, da zweifelnde Väter damit kaum von derartigen Analysen abzuhalten sind<sup>956</sup>. Die betroffenen Väter werden die Untersuchungen und ihre Ergebnisse vielmehr geheim halten und versuchen, den Anfangsverdacht auf andere Weise zu begründen<sup>957</sup>.

Teilweise wird auch vorgebracht, dass ein Verwertungsverbot zwar grundsätzlich aner kennenswert sei, sich aber nur auf die Verwertung als Beweismittel und nicht auf den Parteivortrag zur Darlegung des Anfangsverdachts erstrecke, da die ZPO kein Sachverwertungsverbot kenne<sup>958</sup>. Diesem Argument kann allerdings nicht gefolgt werden, da mittels des Sachvortrags gerade das Gerichtsverfahren in Gang gesetzt werden soll. Damit würde sich die rechtswidrig erlangte Kenntnis letztlich doch auswirken. Speziell dies soll jedoch verhindert werden<sup>959</sup>.

---

<sup>950</sup> Wellenhofer FamRZ 05, 665 (667); Muscheler FPR 05, 185 (186); Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 116; vgl. dazu Plautz ZRP 04, 215 (215), der dem Vater sogar ein Grundrecht einräumt, zu klären, ob ein Kind von ihm abstammt; ebenso LG München FamRZ 03, 1580 (1580 f), die auch ein derartiges Grundrecht bejahen und in einer Abwägung als höherwertig gewichten; ähnlich Reichelt/Schmidt/Schmidtke FamRZ 95, 777 (779), die im Rahmen der Abwägung das Recht auf Kenntnis der Abstammung ebenso als gewichtiger ansehen; - eingeschränkt Erman/Holzhauer § 1600 b Rdn. 8.

<sup>951</sup> Wellenhofer FamRZ 05, 665 (667).

<sup>952</sup> Vgl. dazu die Ausführungen über Gentechnologie und genetischer Fingerabdruck in Zetkin/Schaldach.

<sup>953</sup> Gendiagnostikgesetz, aktuelle Informationen zum Stand der Gesetzgebung unter [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

<sup>954</sup> Ohly JZ 05, 626 (627); ähnlich Huber FamRZ 04, 825 (826).

<sup>955</sup> Zu dem geplanten strafbewehrten Verbot von heimlichen Vaterschaftstests, später unter **F.III**; ob dies die Durchführung tatsächlich verhindern kann, erscheint aber problematisch, da mittels Versand ins Ausland eine effektive Kontrolle schwierig wäre, vgl. etwa Plautz ZRP 05, 215 (215).

<sup>956</sup> Laumen FamRB 05, 131 (132); Klinkhammer FF 05, 150 (151); Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 21.

<sup>957</sup> So auch Klinkhammer FF 05, 150 (151).

<sup>958</sup> Wellenhofer FamRZ 05, 665 (668).

<sup>959</sup> OLG Celle FamRZ 04, 481 (481); - a.A. Wellenhofer FamRZ 05, 665 (668), deren Argumentation insoweit nicht überzeugt, da zwar die Anforderung an den Anfangsverdacht umstritten, aber aus der Ablehnung an sich kein Argument gegen die Verwertung eines rechtswidrig erlangten Tatsachenvortrags zu entnehmen ist.

### e) Ergebnis

Obwohl sich demzufolge einige beachtenswerte Kritikpunkte eröffnen, wird von der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur sowohl die Zulässigkeit von heimlichen Vaterschaftstests als auch deren Verwertung zur Begründung eines Anfangsverdachts weiterhin abgelehnt.

## 3) Abweichende Lösungsansätze in der Literatur

### a) Änderung der Voraussetzung des Anfangsverdachts

In der Literatur ist daher, als Reaktion auf die Entscheidung des BGH, erneut die Kritik hinsichtlich des Erfordernisses des Anfangsverdachts aufgelebt.

Der Vater werde, insbesondere im Zusammenhang mit dem Verbot heimlicher Vaterschaftstests, in eine Darlegungs- und Beweisnot gebracht, in der er sich oftmals gezwungen sieht, den Ehebruch oder Mehrverkehr mit ungeprüften (und oftmals unprüfbaren) Aussagen vorzubringen, auszuschmücken und ins Blaue hinein vorzuwerfen beziehungsweise zu versuchen, dies mittels unlauterem Vorgehen zu belegen.

Dementsprechend wird teilweise die Lockerung<sup>960</sup>, teilweise die Aufhebung<sup>961</sup> des Anfangsverdachts (erneut) gefordert.

Hinsichtlich einer zukünftigen Abschwächung der Anforderungen an den Anfangsverdacht kann auch die neuere Rechtsprechung des BGH interpretiert werden<sup>962</sup>. In den Urteilsgründen zur Unverwertbarkeit heimlicher Vaterschaftstests wird angeführt, dass es nicht schon hier der Entscheidung bedarf, welche Anforderung weiterhin an die Umstände zu stellen ist, mit denen ein Anfangsverdacht begründet werden kann<sup>963</sup>.

Gegen eine Abschwächung spricht jedoch eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1998. Darin wurde der Streit um den Anfangsverdacht aufgegriffen und in Abwägung der verschiedenen Meinungen dieses Erfordernis ausdrücklich befürwortet<sup>964</sup>.

In der fortlaufenden Entwicklung ist dies in der Rechtsprechung wiederholt bestätigt<sup>965</sup> und von der Literatur<sup>966</sup> vielfach angenommen worden.

---

<sup>960</sup> Laumen FamRB 05, 131 (132); Ohly JZ 05, 626 (628); Schlosser JZ 99, 43 (43 f); Zuck ZRP 05, 117 (117 ff); Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 18, Einl. 1589 Rdn. 113, 116; ähnlich Mutschler FamRZ 03, 74 (76); ähnlich Rittner/Rittner NJW 05, 945 (948), die eine gesetzgeberische Prüfung fordern und dabei insb. für eine Lockerung der Frist des § 1600 b BGB eintreten.

<sup>961</sup> Wellenhofer FamRZ 05, 665 (668); Wolf NJW 05, 2417 (2419); Seidel FPR 05, 181 (184).

<sup>962</sup> So Klinkhammer FF 05, 150 (151).

<sup>963</sup> BGH FamRZ 05, 340 (340); BGH FamRZ 05, 342 (342).

<sup>964</sup> BGH FamRZ 98, 955 (955); zustimmend Eckebrecht MDR 99, 71 (73 f); Wanitzek FPR 02, 390 (395 f); kritisch dazu Schlosser JZ 99, 43 (43 f); Wellenhofer FamRZ 05, 665 (666).

<sup>965</sup> BGH FamRZ 05, 340 (340); BGH FamRZ 05, 342 (342); BGH FamRZ 03, 155 (155 f); OLG Celle FamRZ 04, 481 (481); OLG Thüringen FamRZ 03, 944 (944); AG Korbach FamRZ 05, 290 (290); OLG Koblenz FamRZ 00, 1032 (1032); OLG Zweibrücken FamRZ 84, 80 (80); OLG Brandenburg FamRZ 04, 480 (480); OLG Karlsruhe FamRZ 03, 52 (52 f); OLG Köln FamRZ 04, 1987 (1987); OLG Köln FamRZ 98, 1523 (1523); OLG Naumburg FamRZ 01, 702 (702); OLG Jena FPR 03, 374 (375).

<sup>966</sup> Vgl. dazu MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 53 (anders noch MüKo/Mutschler in 3. A.) § 1593 Rdn. 13 b); Palandt/Diederichsen § 1599 Rdn. 5; Zöller/Philippi § 640 d Rdn. 2; Huber FamRZ 04, 825 (826); Eckebrecht MDR 99, 71 (73 f); Wanitzek FPR 02, 390 (395 f); Völker jurisPR-FamR 7/2005 v. 05.04.05, Anm. 2; Harms jurisPR-FamR 9/2005 v. 03.05.05, Anm. 2; - a.A. Erman/Holzhauser § 1600 b Rdn. 4; Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 18; MüKo zur ZPO/Coester-Waltjen § 640 Rdn. 56, 85; MüKo zur ZPO/Damrau § 372 a Rdn. 5; Schlosser JZ 99, 43 (43 f); Wellenhofer FamRZ 05, 665 (666, 668); Wolf NJW 05, 2417 (2419).

Dementsprechend bedarf es einer erneuten Betrachtung der damalig strittigen Rechtslage<sup>967</sup> und der anschließenden Entscheidung des BGH.

### **aa) Die Entscheidung des BGH für das Erfordernis des Anfangsverdachts**

In dem Urteil des BGH über die Notwendigkeit des Anfangsverdachts entkräftigt dieser zunächst die Argumentation der Gegenansicht, welche die alleinige Behauptung der Nichtvaterschaft als ausreichend ansieht.

#### **aaa) Entkräftung der Gegenargumente**

Demzufolge könne allein wegen des bestehenden Untersuchungsgrundsatzes keine geringere Anforderung an den Klagevortrag gestellt werden, da § 640 d ZPO diesen im Anfechtungsverfahren gerade einschränke.

Abgelehnt wird ebenso das Argument, wonach der Anfechtungskläger vor dem Problem stehe, dass er nicht wisse, ob der Verdacht ausreichend sei und somit entweder der Gefahr der Klageabweisung oder, bei unterlassener Erhebung der Klage, der Gefahr der Verfristung unterliege. Falls der Verdacht nicht ausreiche, sei die Klagemöglichkeit zurecht ausgeschlossen. Soweit der Kläger nachträglich weitere Informationen erlangt, drohe außerdem keine Verfristung, da die Rechtskraft sich darauf nicht erstrecke und eine neue Klage möglich bleibe.

#### **bbb) Argumentation des Gerichts**

Der BGH stützt das Erfordernis des Anfangsverdachts weitgehend auf § 1600 b BGB (§ 1594 II BGB a.F.). Der Anfangsverdacht sei demnach nötig, da anderenfalls § 1600 b BGB sich in der Regelung der Anfechtungsfrist erschöpfe. Dies würde dazu führen, dass derjenige Vater, der keine Verdachtsgründe für seine Nichtvaterschaft hat, ohne jede zeitliche und materielle Begrenzung die Vaterschaft anfechten könnte, während derjenige Vater, welcher sachlich begründete Anhaltspunkte vorweisen kann, an die Befristung des § 1600 b BGB gebunden wäre. Dies sei vom Gesetzgeber aber nicht gewollt und widerspreche dem Gesamtkontext der §§ 1591 ff BGB.

Des Weiteren weist er darauf hin, dass ansonsten die Befristung der Anfechtung nicht sinnvoll zu handhaben sei, da anderenfalls der Fristbeginn nur schwerlich ermittelt werden könne. Zwar ist das Kind als Beklagter für den Fristablauf beweispflichtig, jedoch treffe den Kläger eine sekundäre Darlegungslast, da regelmäßig nur dieser die betreffenden Umstände kennt.

---

<sup>967</sup> Einen Anfangsverdacht fordernd: OLG Köln FamRZ 93, 106 (107); OLG Köln FamRZ 98, 696 (697); OLG-Report Köln 96, 50 (50); OLG Dresden FamRZ 97, 1297 (1297); sowie OLG Hamm FamRZ 96, 894 (894) und OLG Karlsruhe FamRZ 01, 1532 (1532), wonach dies jedenfalls nach Ablauf von zwei Jahren nach der Geburt zu gelten habe; Roth-Stielow Rdn. 37 f; 153, 252; Zöller/Philippi (19. A.) § 640 d Rdn. 2; MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 53 (anders noch MüKo/Mutschler in 3. A.) § 1593 Rdn. 13 b; vgl. auch OLG Hamm FamRZ 82, 956 (956 f); OLG Thüringen FamRZ 96, 367 (368); KG FamRZ 74, 101 (102); OLG Celle FamRZ 71, 315 (316 f); ebenso zumindest als Voraussetzung für Prozesskostenhilfe: OLG Karlsruhe FamRZ 01, 1532 (1532); OLG Köln NJW 98, 2985 (2985); OLG Köln 83, 736 (736 f); - a.A. die bloße Behauptung genügend lassend: OLG Hamburg FamRZ 97, 1171 (1172); OLG-Report Hamburg 97, 230 (321); OLG Karlsruhe DAVorm 89, 416 (416); OLG München FamRZ 87, 969 (969); OLG Düsseldorf FamRZ 85, 1275 (1275); OLG München FamRZ 82, 1239 (1239); OLG Düsseldorf FamRZ 71, 452 (452); OLG Frankfurt FamRZ 72, 383 (383); MüKo zur ZPO/Coester-Waltjen § 640 Rdn. 56, 85; MüKo zur ZPO/Damrau § 372 a Rdn. 5; Stein/Jonas/Schlosser § 640 Rdn. 32; MüKo/Mutschler (3. A.) § 1593 Rdn. 13 b; Mutschler DAVorm 96, 377 (377); Rauscher Rdn. 797; Demharter FamRZ 85, 232 (233 ff); Leipold FamRZ 73, 65 (66 ff); Maier NJW 71, 1898 (1898 f); Odersky § 640 Rdn. 16; - vermittelnd zwischenzeitlich Palandt/Diederichsen § 1599 Rdn. 5 (62. A.; in 63. A. nicht mehr erwähnt), wonach innerhalb der ersten zwei Jahre geringere Anforderungen hinsichtlich des Anfangsverdachts zu stellen wären, vgl. dazu Rittner/Rittner NJW 02, 1745 (1751); Seidel FPR 05, 181 (184); vgl. dazu OLG Hamm FamRZ 96, 894 (894) und OLG Karlsruhe FamRZ 01, 1532 (1532); - zur neueren Literatur s. Ffñ. 966.



Ferner seien nur so die Beteiligten vor Anfechtungsklagen zu schützen, die lediglich auf einen substanzlosen Verdacht beruhen und dadurch Unannehmlichkeiten, wie die Einholung eines Sachverständigengutachtens, hervorrufen würden.

## **bb) Kritik an der Entscheidung und Argumentation des BGH**

Auch nach dieser Entscheidung ist die Kritik zum Erfordernis des Anfangsverdachts allerdings nicht verstummt und die Begründung des Gerichts in Frage gestellt worden.

### ***aaa) Argumentation über § 640 d ZPO***

Insbesondere könne die Argumentation mittels § 640 d ZPO nicht überzeugen, da § 640 d ZPO nur die Verwertung von Tatsachen einschränkt, deren Berücksichtigung der Kläger widerspricht. Da der Kläger selbst die Anfechtung betreibt, kann ein fehlender Tatsachenvortrag nicht mit einem Widerspruch gleichgesetzt werden, da gerade der Vortrag dem Kläger oftmals Schwierigkeiten bereitet<sup>968</sup>.

Eine Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes kann insoweit nicht gesehen werden.

### ***bbb) Historischer Hintergrund***

Des Weiteren wird eingewandt, dass die Regelung der Verfristung historisch einen anderen Hintergrund habe<sup>969</sup>. Mangels der Möglichkeit eines naturwissenschaftlichen Vaterschaftsbeweises war früher die Anfechtung der Vaterschaft allein aufgrund von Indizien zu führen. Geregelt werden musste daher, dass nach Erlangung dieser Indizien die Geltendmachung der Anfechtung nicht beliebig lang erfolgen konnte. Heutzutage ist die Ausgangslage anders. Mittels naturwissenschaftlicher Untersuchung, für welche die nahezu eingriffslose Hingabe eines verlorenen Haares, Speichels oder Hautrestes genügt, kann die genetische Verwandtschaft zweifelsfrei und unabhängig der Indizien festgestellt werden. Eine Verknüpfung der Anfechtung mit der Kenntnis dieser Indizien ist folglich nicht notwendig.

### ***ccc) Argumentation über die Verfristung***

Die Forderung nach dem Ausschluss der Anfechtung nach Ablauf einer längeren Zeit ist zwar berechtigt<sup>970</sup>, kann aber auch nach geltender Rechtsauffassung nicht durchgehalten werden.

Dem Vater steht es gerade nach der Argumentation des BGH (s.o.) vielfach offen, mittels neuen Verdachtsmaterials die Anfechtungsklage nach Jahren erneut zu erheben.

Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt. In einer weiteren Entscheidung führte der BGH<sup>971</sup> aus, dass sich die Rechtskraft nach dem Streitgegenstand richtet und bei gleichbleibendem Sachverhalt es nicht ausreichend ist, diesen abgewandelt, ergänzt oder korrigiert vorzutragen. Explizit ist die Benennung eines weiteren Zeugen als nicht hinreichend angesehen worden. Demzufolge kann es wegen des Erfordernisses des Anfangsverdachts in manchen Fällen zu einer Verkürzung der Rechte des Vaters kommen, wenn die Anfechtungsklage erhoben, aber diese mangels nachweisbaren Anfangsverdachts abgewiesen wird. Soweit aber der Verdacht richtig war, verbleibt es bei demselben Lebenssachverhalt, welcher nach Ansicht des BGH eine neue Klage nicht zu stützen vermag, wenn lediglich neues Beweismaterial auftaucht.

---

<sup>968</sup> So auch Wellenhofer FamRZ 05, 665 (666); vgl. auch Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 20; MüKo zur ZPO/Coester-Waltjen § 640 d Rdn. 2, wonach ein ausdrücklicher Widerspruch erforderlich ist; vgl. zum Amtsermittlungsgrundsatz auch Demharter FamRZ 85, 232 (233).

<sup>969</sup> Schlosser JZ 99, 43 (43 f); Wellenhofer FamRZ 05, 665 (666, 668); Wolf NJW 05, 2417 (2419, 2421).

<sup>970</sup> Im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform war die Notwendigkeit einer derartigen Frist sowie die Anwendbarkeit der Ausnahmeregel des § 1600 V BGB umstritten, BT-Drucks 13/4899 S. 87 f, 149, 166.

<sup>971</sup> BGH 03, 155 (155 f); kritisch dazu Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 17, 21; kritisch auch AnwK/Gutzeit/Klebeck § 1600 Rdn. 24, der die Einordnung des Anfangsverdachts in Schlüssigkeit (Begründetheit) bezweifelt und sich insoweit für eine Zulässigkeitsvoraussetzung ausspricht.

Demgegenüber ist die Anfechtung auch nicht durch eine absolute Ausschlussfrist begrenzt, sodass bei erst nach Jahren erlangter Kenntnis eine Verfristung mangels Fristbeginn nicht droht. Eine absolute Rechtssicherheit und die Erlangung eines Bestandschutzes im Interesse des Kindes bestehen nach geltender Rechtsanwendung demgemäß ebenso wenig.

#### ***ddd) Argumentation über die sekundäre Darlegungslast***

Ferner wird das Argument der sekundären Darlegungslast angegriffen, da eine solche nur besteht, wenn die Partei mit Sicherheit über die relevanten Informationen verfügt. Da dies nicht zwingend der Fall ist und es darüber hinaus nicht stets darauf ankommt, ob der Mann die für eine Verfristung mögliche Kenntnis bereits besessen hat, geht die generelle Forderung zur Darlegung des Anfangsverdachts ins Leere<sup>972</sup>. Insbesondere bei einer Anfechtung innerhalb von zwei Jahren nach der Geburt kommt eine Verfristung erst gar nicht in Betracht. Infolgedessen kann insoweit eine sekundäre Darlegungslast nicht bestehen.

Aber auch unabhängig davon erscheint es fraglich, ob eine mögliche Beweisschwierigkeit auf Seiten des beklagten Kindes das Recht des Klägers von Grund auf vereiteln können soll. Die Beweislast hinsichtlich der Verfristung soll nach der gesetzlichen Regelung dem Kinde obliegen und kann dementsprechend nicht vollständig auf den Kläger übertragen werden. Die Problematik des Fristbeginns liegt folglich mehr auf Seiten des Beklagten als des Klägers, sodass allein daraus das Erfordernis des Anfangsverdachts kaum abgeleitet werden kann.

#### ***eee) Argumentation über den Schutz vor unberechtigten Anfechtungen***

Des Weiteren wird der angeführte Schutz vor Anfechtungen ins Blaue hinein kritisiert. Wegen des erheblichen Kostenrisikos werden Klagen allein aufgrund vagen Verdachts so selten sein, dass dies keine generelle Beschränkung der Klagemöglichkeit rechtfertigen kann<sup>973</sup>.

Überdies ist dem Zivilprozess die Vorprüfung einer Klage fremd<sup>974</sup>.

Ferner lässt sich ein derartiger Missbrauch auch dadurch begegnen, indem ein gerichtliches Abstammungsgutachten erst eingeholt wird, wenn die Einvernahme der Betroffenen ausreichende Indizien hervorgebracht hat<sup>975</sup>.

#### ***fff) Weitere Kritik***

Darüber hinaus kann das Erfordernis des Anfangsverdachts nicht zur vollumfänglichen Lösung der Problematik führen. Für den Anfangsverdacht bleibt regelmäßig nur der Nachweis des Mehrverkehrs, da insbesondere der Einwand der Abwesenheit, unter Berücksichtigung der heutigen Mobilität, allenfalls bei Gefängnisaufenthalt erfolgsversprechend wirken kann. Im Rahmen des Nachweises des Mehrverkehrs ist der Anfechtende vielfach auf die Wiedergabe von Gerüchten und Angaben ins Blaue hinein beschränkt, da in den seltensten Fällen weder er selbst noch ein Dritter direkter Zeuge des Geschehens war<sup>976</sup>. Bedenklicher Weise wird von dem Mann daher „eine Art schlüssiges Lügen“ verlangt<sup>977</sup>. Nicht zwingend nachvollziehbar ist außerdem, dass der Mann, der zufällig nähere Umstände über den Ehebruch erfahren hat, besser gestellt sein soll als der, der seinen Verdacht nicht auf diese Weise erzielen konnte<sup>978</sup>.

---

<sup>972</sup> Wellenhofer FamRZ 05, 665 (666); Schlosser JZ 99, 43 (44); vgl. auch Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 18.

<sup>973</sup> Wellenhofer FamRZ 05, 665 (666).

<sup>974</sup> Wolf NJW 05, 2417 (2420); Mutschler DAVorm 96, 377 (378).

<sup>975</sup> Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 20; so auch OLG Thüringen FamRZ 96, 367 (377).

<sup>976</sup> Wellenhofer FamRZ 05, 665 (666); Mutschler FamRZ 03, 74 (76); Wolf NJW 05, 2417 (2420).

<sup>977</sup> OLG Frankfurt FamRZ 97, 1171 (1172); ebenso Demharter FamRZ 85, 232 (235); Maier NJW 71, 1898 (1898); ähnlich auch Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 18; MüKo zur ZPO/Damrau § 372 a Rdn. 5; MüKo/Mutschler (3. A.; nicht mehr in 4. A.) § 1593 Rdn. 13 b; Mutschler DAVorm 96, 377 (378).

<sup>978</sup> Mutschler DAVorm 96, 377 (378).

Überdies ist mit dem Erfordernis des Anfangsverdachts eine Befriedungsfunktion oftmals nicht zu erreichen und der Kläger wird vielfach ermuntert, einen rechtswidrigen heimlichen Vaterschaftstest durchzuführen<sup>979</sup>.

Soweit die Zweifel an der Vaterschaft derart fortgeschritten sind, dass Klage erhoben wurde, hat sich der Vater bereits erheblich von dem Kind distanziert. Eine folgende Ablehnung der Klage mangels Anfangsverdachts kann kaum die bestehenden Zweifel beseitigen. Den Betroffenen erscheint es unverständlich, wie - trotz eines möglicherweise vorhandenen naturwissenschaftlichen Nachweises der fehlenden genetischen Verbundenheit - die bezweifelte rechtliche Vaterschaft gegen ihren Willen rechtlich aufrechterhalten werden soll und sie für ein ihnen „untergeschobenes“ Kind weiterhin unterhaltsrechtlichen Verpflichtungen nachkommen müssen.

Die Vaterschaft wird sich demzufolge oftmals auf eine reine Zahlvaterschaft verkürzen. Auf Seiten des Kindes geht es dagegen vielfach nur noch um eine finanzielle Absicherung. Ob dieses Interesse des Kindeswohls die Beeinträchtigung des rechtlichen Vaters - der sich dem Kind gegenüber sozial losgesagt hat und genetisch wie ein Dritter gegenübersteht - zu rechtfertigen vermag, erscheint durchaus zweifelhaft.

Ferner besteht eine Ungleichbehandlung zum Vaterschaftsanfechtungsrecht der Mutter<sup>980</sup>. Selbst wenn auch diesbezüglich ein Anfangsverdacht gefordert wird<sup>981</sup>, weist dieses Erfordernis insoweit eine andere Qualität auf, da sich die Frau selbst wohl unproblematisch auf einen Mehrverkehr berufen kann.

Darüber hinaus kann die Zulassung einer Anfechtung, ohne konkrete Kenntnis und Darlegbarkeit des Verdachts, den Vorteil bieten, eine möglichst frühzeitige Klärung der Abstammung im Interesse des Kindes zu ermöglichen<sup>982</sup>.

### **cc) Ergebnis hinsichtlich des Anfangsverdachts**

Der vorgebrachten Kritik ist vielfach beizupflichten, da die Argumentation des BGH durchaus angreifbar und ergebnisorientiert ist. In ihrer Absolutheit ist allerdings auch sie nicht überzeugend.

Zugestimmt werden kann dem BGH insofern, als die Darlegung des Anfangsverdachts für die Fristberechnung notwendig ist.

Soweit daher zwei Jahre nach der Geburt des Kindes vergangen sind, kann das Erfordernis des Anfangsverdachts darin seine Rechtfertigung finden. Ob dies jedoch auch die angemessenste Lösung ist, bedarf noch einer weitergehenden Untersuchung.

Anders sieht die Situation aber innerhalb der ersten zwei Lebensjahre des Kindes aus. Eine Verfristung ist undenkbar, sodass zumindest in diesem Zusammenhang die Geltendmachung eines Anfangsverdachts entbehrlich erscheint<sup>983</sup>.

---

<sup>979</sup> Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 22; insoweit zustimmend MüKo/Seidel § 1592 Rdn. 53; ebenso MüKo/Mutschler (3. A.) § 1593 Rdn. 13 b; Mutschler DAVorm 96, 377 (379).

<sup>980</sup> Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Mutter insoweit nicht ihre eigene verwandtschaftliche Beziehung kappen will, sondern die des Vaters zum Kind angreift. Der Anfangsverdacht dient jedoch auch dem Kindeswohl, sodass unerheblich ist, auf welche Weise die Verwandtschaftsbeziehung zum Vater beendet wird.

<sup>981</sup> Die Literatur formuliert die Anforderung grundsätzlich geschlechtsneutral, wobei sich die Ausführungen regelmäßig an eine Anfechtung durch den rechtlichen Vater orientieren; eine eindeutige Entscheidung ist insoweit nicht zu finden; vgl. z.B. Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 14 ff; MüKo zur ZPO/Coester-Waltjen § 640 Rdn. 56; - sich nur auf den rechtlichen Vater beziehend, Palandt/Diederichsen § 1599 Rdn. 5; die Rechtsprechung betraf bisher wohl ebenso nur letztere Fälle; vgl. dazu auch die Verweise in **F.II.3.a**.

<sup>982</sup> Demharter FamRZ 85, 232 (234); vgl. dazu auch Schlosser JZ 99, 43 (44).

<sup>983</sup> Ähnlich insoweit zwischenzeitlich Palandt/Diederichsen § 1599 Rdn. 5 (62. A.; in 63. A. nicht mehr erwähnt), wonach innerhalb der ersten zwei Jahre geringere Anforderungen hinsichtlich des Anfangsverdachts zu stellen wären, vgl. Rittner/Rittner NJW 02, 1745 (1751); Seidel FPR 05, 181, (184); ebenso OLG Hamm FamRZ 96, 894 (894), OLG Karlsruhe FamRZ 01, 1532 (1532); in diesem Sinne auch Wellenhofer FamRZ 05, 198

### **b) Lösungsansätze unter Beibehaltung des Anfangsverdachts**

Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, dass - unabhängig von der Kritikwürdigkeit des Anfangsverdachts - eine interessengerechte Lösung auf anderem Wege erreicht werden kann. Unter Beibehaltung des Erfordernisses des Anfangsverdachts wird dementsprechend die Problematik der heimlichen Vaterschaftstests abweichend beurteilt.

#### **aa) Anfangsverdacht aus der Zustimmungsverweigerung zur Durchführung des Vaterschaftstests**

Entgegen der Ansicht des BGH wurde im Vorfeld der Entscheidung befürwortet, dass ein Test ohne Einwilligung unverwertbar sei, aber aus der Weigerung, je nach Umständen des Einzelfalls, gegebenenfalls ein ausreichender Anfangsverdacht begründet werden könne<sup>984</sup>.

Unter Erwähnung dieser Literaturansicht hat der BGH dies in den Entscheidungen explizit abgelehnt, da auch die Weigerung Ausfluss des negativen informationellen Selbstbestimmungsrechts ist<sup>985</sup>. Wenn die Weigerung die Anfechtungsklage eröffnen könnte, würde in diesem Verfahren die Abstammung untersucht werden, sodass letztendlich mit und ohne Weigerung ein Eingriff in das Grundrecht stattfinden würde.

#### **bb) Rechtsanspruch auf Durchführung eines Vaterschaftstests**

Nach anderer Auffassung soll dagegen der Vater selbst einen (gesetzlichen<sup>986</sup>) Anspruch gegen die Mutter und das Kind auf Zustimmung zu einem außergerichtlichen Vaterschaftstest haben<sup>987</sup>. Dieser solle dabei unter Teilnahme der Mutter und des Kindes erfolgen. Ein solcher greife nicht in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kindes ein oder sei zumindest durch eine Abwägung mit den Grundrechten des Vaters gerechtfertigt. Bereits nach geltendem Recht könne ein derartiger Anspruch aus § 1618 a BGB hergeleitet werden

## **III) Politische Forderungen**

Im Anschluss an die Rechtsprechung des BGB und der Stellungnahmen in der Literatur ist eine öffentliche und politische Diskussion um die Zulässigkeit von heimlichen Vaterschaftstests entbrannt.

### **1) Ansicht des Bundesjustizministeriums**

Nach Ansicht der Bundesjustizministerin Zypries sollen derartige heimliche Tests gesetzlich verboten werden und im Falle einer Zuwiderhandlung eine Ahndung (mittels Strafandrohung) offen stehen<sup>988</sup>.

---

665 (666); Schlosser JZ 99, 43 (44); Staudinger/Rauscher § 1599 Rdn. 19; vgl. auch den gesetzlichen Ansatz in Belgien, wo innerhalb des ersten Lebensjahres des Kindes ein Vaterschaftstest auf Veranlassung des Vaters und/oder der Mutter zulässig ist, dazu BGH FamRZ 05, 340 (341); BGH FamRZ 05, 342 (343) je m.w.N..

<sup>984</sup> Mutschler FamRZ 03, 74 (76).

<sup>985</sup> BGH FamRZ 05, 340 (340); BGH FamRZ 05, 342 (343).

<sup>986</sup> Nach OLG Köln 03, 1987 (1987) kann vertraglich eine bindende Verpflichtung zur Vaterschaftsbegutachtung nicht bestehen. Fraglich ist insoweit, ob eine vertragliche Verpflichtung bereits nicht eingegangen oder nur wegen der grundrechtlichen Gefährdungslage jederzeit und grundlos davon zurückgetreten werden kann.

<sup>987</sup> Muscheler FPR 05, 185 (186), ders FamRZ 03, 74 (76); ähnlich Rittner FPR 05, 187 (188), der eine Mitwirkungspflicht der Mutter an dem Vaterschaftstest fordert; so auch Plautz ZRP 04, 215 (215); Reichelt/Schmidt/Schmidtke FamRZ 95, 777 (779 f).

<sup>988</sup> Die Rede vom 11.03.05 ist erhältlich unter [www.bmj.de](http://www.bmj.de); dazu auch Tagesordnungspunkt 21 der 164. Sitzung der 15. Wahlperiode am 11.03.05; vgl. auch Schnorr ZRP 03, 342 (342); kritisch insb. Wellenhofer FamRZ 05, 665 (666); Staudinger/Rauscher Einl. §§ 1589 ff Rdn. 113; a.A. auch Plautz ZRP 04, 215 (215).

Heimliche Vaterschaftstests greifen zwingend in das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen ein und bedürfen folglich deren Zustimmung. Der Umgang mit diesen genetischen Daten soll daher im Rahmen eines Gendiagnostikgesetzes geregelt werden<sup>989</sup>.

Um die Rechtsstellung der Väter zu wahren und zum nötigen Ausgleich zu bringen, wurde der Ansatz allerdings zusätzlich in eine andere Richtung fortentwickelt. Es sei zu berücksichtigen, dass der Weg über einen Vaterschaftstest den geringsten Eingriff in die Familie darstelle und dem zweifelnden Vater erlaube, sich ohne übertriebene Hürden Gewissheit über die Abstammung des Kindes zu verschaffen. Insbesondere solle, da erkannt wird, dass 80 % der Tests die Vaterschaft bestätigen, die Bereitschaft innerhalb der Familie gefördert werden, an einem derartigen Test mitzuwirken. Ausdrücklich vorgeschlagen wird die Einräumung eines Anspruchs des Vaters gegen die Mutter und das Kind auf Einwilligung in die Vornahme einer privaten Abstammungsbegutachtung. Anders als weitere Anträge (dazu sogleich) sei jedoch dies auf den rechtlichen Vater zu beschränken, da der Schutz der sozialen Familie es verbiete, auch dem biologischen Vater ein derartiges Recht einzuräumen.

## **2) Ansicht des bayerischen Justizministeriums**

Im Rahmen dieser Konkretisierung entspricht dies, entgegen der zunächst angenommenen Gegensätzlichkeit der Ansätze, den Überlegungen der bayerischen Justizministerin Merk. Diese spricht sich zwar gegen die Kriminalisierung von Vaterschaftstests aus und befürwortet die Legalität von offenen Tests, will aber den Vätern ebenso einen eindeutigen Rechtsanspruch auf Durchführung eines offenen, legalen Abstammungstests (ohne Gerichtsverfahren) zugestehen<sup>990</sup>. Die nötige Zustimmung der Sorgeberechtigten könne nötigenfalls ersetzt werden, sodass gegebenenfalls ein Verfahrenspfleger die Interessen des Kindes als neutrale Person wahrnehmen könne.

## **3) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis entsprechen sich (inzwischen) diese Ansätze, da nach beiden Ansichten die Tests die Zustimmung der Betroffenen erfordern und insoweit über einen Rechtsanspruch der Väter nachgedacht wird.

Mit diesem Rechtsanspruch wird das Verbot der heimlichen Vaterschaftstests relativiert und die ablehnende Haltung in der Presse und Bevölkerung abgeschwächt.

Auffallend war insbesondere, dass in den ersten Aussagen der Bundesjustizministerin allein von einem Verbot die Rede war und allenfalls die Überlegung angestellt wurde, ob im Gegenzug ein legales Verfahren der Vaterschaftstests zu erwägen sei und die Möglichkeit bedacht wurde, inwieweit die Darlegungslast der Väter vermindert werden könne.

Von der Presse wurde zunächst oftmals nur das Verbot aufgegriffen, was nach Umfragen dazu führte, dass 70 % der Bevölkerung sich gegen ein Verbot derartiger Tests aussprachen<sup>991</sup>. In diesen Erhebungen blieb allerdings die Möglichkeit eines Rechtsanspruchs auf Zustimmung beziehungsweise die eines legalen Vaterschaftstests wohl unberücksichtigt.

---

<sup>989</sup> Vgl. dazu den Diskussionsentwurf (DiskE) vom 26.10.04, wonach insb. gemäß § 21 III DiskE diejenigen Personen, deren Einwilligung für die Begutachtung erforderlich ist, über die genetische Untersuchung aufzuklären sind und schriftlich ihre Einwilligung erklären müssen (10, 11 DiskE), vgl. FbN. 953.

<sup>990</sup> So die Pressemitteilung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, erhältlich unter [www.justiz.bayern.de/presse/PM/2005/60.html](http://www.justiz.bayern.de/presse/PM/2005/60.html); vgl. dazu Rittner/Rittner NJW 05, 945 (948).

<sup>991</sup> ZDF-Politbarometer vom 14.01.05, abrufbar unter [www.zdf.de/ZDFde/inhalt/30/0,1872,2249502,00.html](http://www.zdf.de/ZDFde/inhalt/30/0,1872,2249502,00.html); auf die etablierte gesellschaftliche Annahme von Vaterschaftstests hinweisend, Plautz ZRP 04, 215 (215).

#### **4) Gesetzesantrag der FDP-Fraktion**

Inzwischen (26.01.05) ist von der FDP-Fraktion ein konkretisierter Antrag zur Lösung der Problematik vorgelegt worden<sup>992</sup>.

Demnach wird kritisiert, dass nach geltender Gesetzeslage den betroffenen Vätern nur ein förmliches Vaterschaftsanfechtungsverfahren zur Verfügung steht beziehungsweise zu privaten Vaterschaftstests die Zustimmung von Mutter und/oder Kind erforderlich ist.

Sinnvoller sei es, wenn sich ein Vater selbständig Gewissheit über die Abstammung verschaffen könne und dies nicht zwingend mit einer statusrechtlichen Änderung zum Kind verbunden sein muss. Unter Wahrung der Grundrechte der Betroffenen sei vielmehr daran zu denken, *jeder anfechtungsberechtigten Person* die Klärung der Abstammungsverhältnisse, mittels (noch zu regelndem) Verfahren unter *richterlicher Anordnung*, zu ermöglichen. Zur Wahrung der nötigen Offenheit solle insbesondere dem Vater das Recht eingeräumt werden, in einem geordneten Verfahren, *auch ohne Einverständnis der Mutter*, einen Vaterschaftstest durchführen zu dürfen. Dies könne unabhängig von einer Anfechtungsklage geschehen und müsse demzufolge keine selbständige Statusänderung des Kindes nach sich ziehen.

Darüber hinaus seien im gerichtlichen Verfahren die Voraussetzungen des Anfangsverdachts abzuschwächen und die strafrechtliche Ahndung von heimlichen Vaterschaftstests zu unterlassen.

#### **5) Beratungen im Bundestag**

Auch der Bundestag hat auf Antrag der FDP das Problem in der Sitzung vom 11.02.05 beraten und erörtert, ob ein Abstammungsverfahren ohne Statusfolgen („Abstammungstestverfahren“) eingeführt werden solle<sup>993</sup>. Einheitlich wurde dabei die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung befürwortet, aber noch keine Übereinstimmung in ihrer Ausgestaltung gefunden.

#### **6) Gesetzesantrag des Landes Baden-Württemberg**

Zwischenzeitlich (21.04.05) ist ein konkret ausgestalteter Vorschlag des Landes Baden-Württemberg im Bundesrat eingereicht worden<sup>994</sup>. Dieser weicht grundlegend von der Ansicht des BGH ab, stimmt aber im Wesentlichen mit der Auffassung der CDU/CSU überein<sup>995</sup>.

Anzufügen sei demnach ein neuer § 1600 V BGB:

*Eine anfechtungsberechtigte Person im Sinne des Absatzes 1 darf ohne Einwilligung zur Vorbereitung einer gerichtlichen Anfechtung der Vaterschaft eine genetische Untersuchung vornehmen lassen, insbesondere Proben zum Zwecke einer genetischen Untersuchung gewinnen, sofern die Untersuchung nach den anerkannten Grundsätzen der Wissenschaft eine Klärung der Vaterschaft verspricht.*

Begründet wird diese Umsetzung damit, dass Zweifel der Abstammung auf diskrete, die persönliche Beziehung der Beteiligten nicht belastende Weise geklärt, dadurch Ehe und Familie geschützt und zugleich die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen gewahrt würden.

---

<sup>992</sup> BT-Drucks 15/4727 S. 1 f; dazu Tagesordnungspunkt 21 der 164. Sitzung der 15. Wahlperiode am 11.03.05.

<sup>993</sup> Tagesordnungspunkt 21 der 164. Sitzung der 15. Wahlperiode am 11.03.05; kritisch dazu Klinkhammer FF 05, 150 (151); Rittner/Rittner NJW 05, 945 (948).

<sup>994</sup> BR-Drucks 280/05 S. 1 ff.

<sup>995</sup> Dazu Tagesordnungspunkt 21 der 164. Sitzung der 15. Wahlperiode am 11.03.05.

Zusätzlich könnten Gerichts- oder Verwaltungsverfahren vermieden werden. Dabei wird auch auf die Gefahr der Störung der sozialen Familie bei durchgeführter, aber wegen unbegründeter Zweifel erfolgloser Anfechtungsklage verwiesen.

Derartiger Tests sollen daher, *unabhängig von einer Einwilligung des Betroffenen und ohne eine Zwischenschaltung eines Gerichts oder Behörde*, durch jede anfechtungsberechtigte Person selbständig möglich sein. Die nötige Eingrenzung sieht der Entwurf darin, dass der Kreis der Berechtigten begrenzt und die Verwertung des Ergebnisses nur im Rahmen eines - noch zulässigen, nicht verfristeten - Anfechtungsverfahrens gestattet würde. Die Gewinnung der Proben sei darüber hinaus nur mittels Maßnahmen unterhalb der Schwelle einer Körperverletzung nach § 223 StGB erlaubt.

Die grundrechtliche Kollisionslage zwischen dem Schutz der Familie und den Persönlichkeitsrechten der Beteiligten wird erkannt und in Abwägung gestellt. Bemerkenswert ist insbesondere, dass sowohl das grundrechtlich geschützte Interesse des rechtlichen Vaters auf Klärung der Abstammung als auch das eines biologischen Vaters mit dem Ziel der Widerlegung der rechtlichen Vaterschaft anerkannt wird. Im Rahmen dieser Abwägungsentscheidung sieht der Gesetzesantrag die Zulässigkeit derartiger Testverfahren als legitimes Ziel der Betroffenen an und bewertet damit das Recht auf Kenntnis seiner Abstammung sowie das Recht auf Kenntnis seiner Vaterschaft als höherwertig. Einerseits wird eine „untergeschobene“ Vaterschaft als ethisch bedenklich mit weit reichenden wirtschaftlichen und rechtlichen Konsequenzen angesehen, andererseits darauf verwiesen, dass in einer Vielzahl von Fällen die Vaterschaft bestätigt wird und damit Zweifel ausgeräumt werden können. Eine Offenlegung der Tests sowie eine nötige Beteiligung und Einwilligung des Kindes oder des anderen Elternteils sei dabei zu meiden.

Abgelehnt werden möglich Alternativen, wie die Abschaffung des Anfangsverdachts oder die Einführung eines neuen gerichtlichen oder behördlichen Verfahrens.

## **7) Gesetzesantrag des Freistaates Bayern**

Kurze Zeit darauf (20.05.05), ist ein konkreter Gesetzesentwurf des Freistaates Bayern im Bundesrat eingebracht worden<sup>996</sup>. Dieser entspricht im Wesentlichen den Vorstellungen der SPD, der Grünen und des Bundesministerium der Justiz<sup>997</sup>.

Ziel ist es, die geltende Rechtslage mit dem Stand der modernen Gendiagnose in Einklang zu bringen, die Interessen der Väter ausreichend zu berücksichtigen und Missbrauch zu vermeiden.

Aus diesem Grunde sei, neben weiteren Folgeänderungen<sup>998</sup>, § 1600 f BGB einzuführen:

*Eine anfechtungsberechtigte Person im Sinne von § 1600 Abs. 1 hat einen Anspruch gegen das Kind auf Einwilligung in eine gendiagnostische Abstammungsuntersuchung und auf Gewinnung einer hierfür erforderlichen genetischen Probe. Die Mutter und das Kind haben den Anspruch auch gegen die anderen anfechtungsberechtigten Personen, wenn deren Mitwirkung bei der Untersuchung erforderlich ist.*

Explizit abgelehnt wird der baden-württembergerische Ansatz, da mangels Dokumentation der gendiagnostisch ordnungsgemäßen Entnahme der Proben eine prozessuale Verwertung ausscheide. Verworfen wird ebenso eine Einschränkung des Erfordernisses des

---

<sup>996</sup> BR-Drucks 369/05 S. 1 ff; vgl. dazu die Erklärung in der 811. Sitzung des Bundesrates am 27.04.05.

<sup>997</sup> Dazu Tagesordnungspunkt 21 der 164. Sitzung der 15. Wahlperiode am 11.03.05, wobei dort jedoch eine Regelung im Gendiagnostikgesetz befürwortet wird; zum Gendiagnostikgesetz vgl. FfN. 989, 953.

<sup>998</sup> Diese betreffen Änderungen in § 1628 und § 1629 BGB, wonach das Vertretungsrecht bei einer Weigerungshaltung eines Sorgeberechtigten anzupassen wäre, BR-Drucks 369/05 S. 1 ff.

Anfangsverdachts, da mittels Anfechtung der Anfechtende stets gezwungen wird, auf eine statusrechtliche Änderung hinzuwirken.

*Jeder anfechtungsberechtigten Person* solle vielmehr ein *Rechtsanspruch auf Einwilligung* zur Durchführung eines derartigen Tests eingeräumt werden.

Unter Abwägung aller Interessen könnten weder die des Kindes überwiegen und damit die geltende Rechtslage rechtfertigen, noch die des Vaters dominieren und dadurch heimliche Vaterschaftstests vollständig legalisieren. Aus diesem Grunde sei ein rechtlich verwertbarer, privat in Auftrag gegebener und nach den Regeln der Gendiagnose lege artis durchgeführter Test zu ermöglichen. Nähere Bestimmungen, hinsichtlich Zulässigkeit und Durchführung dieser privaten Tests, sollen im anstehenden Gendiagnostikgesetz geregelt werden. Der damit verbundene Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes sei verhältnismäßig, da das Recht des Vaters - wie auch das der Mutter - auf Kenntnis der Abstammung grundsätzlich vorgehe. Die Einräumung eines Anspruchs wird ferner mit der Förderung des Dialogs in der Familie begründet und darauf verwiesen, dass auf diese Weise die Einschaltung von Gerichten teilweise vermieden werden kann. Eine explizite Begrenzung des Anspruchs wird allerdings abgelehnt und auf den möglichen Einwand des Rechtsmissbrauchs verwiesen.

#### **IV) Stellungnahme**

Als Lösungsmodelle der vorgehenden Problematik kommen demgemäß im Wesentlichen zwei Ansätze in Betracht, wobei sich letzterer in zwei Alternativen aufgliedert.

##### **1) Verhältnis des Anfangsverdachts zu der Zulässigkeit von Vaterschaftstests**

Zuerst ist daher zu klären, ob bereits die Abschaffung des Anfangsverdachts zu favorisieren ist oder die Lösung der Problematik im Bereich der Zulässigkeit eines Vaterschaftstests liegt.

###### **a) Stellungnahme zur Abschaffung des Anfangsverdachts**

Die Abschaffung des Erfordernisses des Anfangsverdachts hätte zur Konsequenz, dass hinsichtlich der Eröffnung des Anfechtungsverfahrens das Interesse an der Durchführung eines heimlichen Vaterschaftstests entfallen könnte. Dieses Ergebnis wird aber gleichermaßen durch die Rechtsprechung des BGH zu erreichen versucht, da eine Verwertbarkeit von heimlichen Tests abgelehnt wird.

Unabhängig davon werden jedoch viele Väter im Vorfeld einer Klage einen Vaterschaftstest durchführen, da dieser kostengünstiger ist und eine heimliche Klärung ihrer Zweifel ermöglicht. Eine - in 80 % der Fälle ungerechtfertigte - Störung der Familie kann damit zunächst vermieden und das Risiko einer falschen Verdächtigung ausgeschlossen werden. Ferner entspricht in vielen Fällen die mit der Anfechtungsklage zwingend verbundene statusrechtliche Folgeänderung nicht dem Ziel der Betroffenen.

Auf der einen Seite stellt damit - unabhängig von der Kritikwürdigkeit der Forderung des Anfangsverdachts an sich - die Aufhebung dieses Erfordernisses keine Lösung der Problematik der Vaterschaftstests dar.

Auf der anderen Seite steht die Aufrechterhaltung des Anfangsverdachts zwingend im Zusammenhang mit der Zulässigkeit und Verwertbarkeit von vorweggenommenen



Vaterschaftstests. Soweit deren Zulässigkeit erweitert wird, wäre das Erfordernis des Anfangsverdachts weitgehend hinfällig, da damit dieser unproblematisch und unzweifelhaft vorgebracht werden kann.

Somit fällt die Entscheidung über die Notwendigkeit des Anfangsverdachts zwingend mit der Entscheidung über die Zulässigkeit von Vaterschaftstests zusammen.

### **b) Stellungnahme zu einem eigenständigen Recht auf Durchführung eines Vaterschaftstests**

Die Zulässigkeit von Vaterschaftstests ist zu bejahen. Um einer modernen Rechtsordnung gerecht zu werden und dabei die Rechte der Väter als auch die der Mütter und insbesondere die der Kinder ausreichend zu wahren, sind diese Tests zu legalisieren.

Zumindest jedem rechtlich anerkannten Elternteil sollte ein Recht zur Klärung der genetischen Verbundenheit zustehen.

#### **aa) Entkräftung der Bedenken**

Dabei ist jedoch nachteilig, dass dadurch in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kindes eingegriffen wird. Eine gesetzliche Ermächtigung kann nur eine Rechtfertigung bewirken. Dieser Ansatz widerspricht demgemäß der Ansicht des BGH, da letztlich der Vater eines Kindes einen verwertbaren Vaterschaftstest durchführen könnte.

Dem BGH ist insoweit zuzustimmen, als ein heimlich erlangter Vaterschaftstest rechtswidrig und demzufolge als Beweismittel nicht verwertbar ist. Allerdings ist für die Festlegung der Rechtswidrigkeit entscheidend auf die Einwilligung abzustellen. Im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums könnte daher ein derartiges Recht eingeräumt werden. Bei einer Abwägung der betroffenen Interessen stellt sich dies auch als gerechtfertigt dar. Insbesondere erfolgt der Eingriff nur in begrenzter Weise und führt in einer Vielzahl von Fällen zu einer positiven Wirkung hinsichtlich des Kindeswohls (s.o.).

Zu berücksichtigen bleibt außerdem, dass ein solches Recht zur Untersuchung, verbunden mit einem derartigen Eingriff, vom Gesetzgeber anderweitig als hinnehmbar angesehen wird.

Männer, die als Väter eines Kindes in Betracht kommen, müssen nach § 372 a ZPO Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung grundsätzlich dulden. Die Vorschrift, die ebenso einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des zu untersuchenden Mannes beinhaltet, wurde als verfassungsgemäß anerkannt<sup>999</sup>.

Einerseits besteht zwar ein Unterschied insoweit, als damit ein positiver Nachweis der Abstammung gesucht wird und es um die Begründung - nicht die Lossagung - von Rechten geht. Andererseits werden mittels dieser Norm auch Männer untersucht, die sich letztlich nicht als Erzeuger des Kindes herausstellen. Die Rechtfertigung des Eingriffs kann in diesem Zusammenhang allein aus der plausibel vorgebrachten Darlegung der Beiwohnung in der Empfängniszeit begründet werden. Diese Verbindung ist aber wohl kaum enger als die rechtliche Verbundenheit der Elternschaft. Auffallend ist zumindest, dass in diesem Zusammenhang der Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht anders gewichtet und nicht als derart schützenswert angesehen wird.

#### **bb) Rechtfertigung der Folgewirkungen**

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Durchführung zulässiger Vaterschaftstests stark zu erweitern, den Vätern der Nachweis eines Anfangsverdachts zu erleichtern und damit die Anfechtung der Vaterschaft, außer in Fällen der Verfristung, umfassend zu ermöglichen.

---

<sup>999</sup> Vgl. BVerfG NJW 56, 986 (986); kritisch dazu Henrichs FamRZ 56, 274 (274); Thomas/Putzo/Reichold § 372 a Rdn. 12; MüKo zur ZPO/Damrau § 372 a Rdn. 1.

Die dadurch hervorgerufenen Folgewirkungen sind im Interesse der Väter und der Kinder gerechtfertigt. Erinnert sei nur an die bereits erwähnte Stärkung der Rechte der Väter, die Befriedungsfunktion, die Steigerung von Offenheit und Wahrheit und damit letztlich auch die vielfache Förderung des Kindeswohls (s.o.).

#### ***aaa) Unabhängigkeit einer Statusänderung***

Eine statusrechtliche Abänderung ist damit nicht zwingend verbunden. Somit besteht ein milderes und verhältnismäßigeres Mittel, wenn ein rechtlicher Vater die Abstammung klären lassen möchte, sich aber unabhängig davon zu dem Kind bekennt. Diese Möglichkeit führt dazu, dass - neben den 80 % der Fälle eines positiven Nachweises - eine gewisse Zahl an Fällen hinzukommt, in denen trotz anderweitiger Zeugung eine Vaterschaftsabänderung bewusst unterlassen wird. Dies bringt den Vorteil der Klärung der biologischen Abstammung sowie den Fortbestand der rechtlichen Vaterschaft. Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass *über* 80 % der Vaterschaftstests kindesbegünstigend wirken.

#### ***bbb) Zunahme der Testverfahren***

Angemessen und auch beabsichtigt ist demzufolge ein möglicher Anstieg von Fällen der Abstammungsüberprüfung. Eine Klärung der Verhältnisse ist im Interesse des Vaters, aber vielfach ebenso im Interesse des Kindes, geboten.

#### ***ccc) Rechtsverständnis der Gesellschaft und drohende Umgehungsgefahr***

Darüber hinaus muss bedacht werden, dass einem vollumfänglichen Verbot von Vaterschaftstests die breite Zustimmung der Bevölkerung fehlen wird. Wie bereits dargestellt (s.o.), wird von einer Mehrheit der Bevölkerung das Verbot von Vaterschaftstests, ohne Ausgleich der Rechte der Scheinelternanteile, abgelehnt. Dies könnte demnach eine effektive Durchsetzung einer Untersagung beeinträchtigen und eine Umgehung, mittels Versand der Proben ins Ausland, hervorrufen<sup>1000</sup>.

#### ***ddd) Einfluss auf das Verhalten der Mütter***

Letztlich kann eine derartige Ausgestaltung außerdem einen Einfluss auf das Verhalten der Mütter zeigen. Da die Gefahr der nachträglichen Aufklärung von fehlerhaften Vaterschaftszurechnungen steigt, kann dies zu einer Abnahme der von Mütter bewusst tolerierten oder beeinflussten Fehlzuordnungen führen, was sowohl den rechtlichen (Schein-) Vätern, den biologischen Vätern als auch den Kindern zugute kommen kann. Insbesondere für biologische Väter, die am Kind interessiert sind, könnte die Sperrwirkung einer anderweitigen Vaterschaft reduziert und somit die Erlangung der rechtlichen Vaterstellung erleichtert werden.

### **cc) Kreis der Berechtigten**

Fraglich bleibt jedoch, ob der Kreis der Untersuchungsberechtigten sich auf alle anfechtungsberechtigten Personen erstrecken soll.

#### ***aaa) Berechtigung eines präsumtiven Vaters***

Um Störungen einer bestehenden sozialen Familie zu vermeiden, ist nach geltendem Recht das Anfechtungsrecht des biologischen Vaters beschränkt, § 1600 II BGB. Aber auch nach dem Alternativvorschlag zum Anfechtungsrecht (s.o. **C.II.5.a.ff.bbb.eeee** und **D.II.4.c**), welcher die Festlegung der biologischen Vaterschaft unabhängig des statusabändernden Erfolgs der Anfechtungsklage grundsätzlich zulässt, besteht kein isoliertes Recht zur Klärung der Abstammung (**D.II.4**). Der biologische Vater muss zwingend bereit sein, die rechtliche

---

<sup>1000</sup> Vgl. etwa Plautz ZRP 05, 215 (215).

Vaterschaft zu übernehmen. Der biologische Vater kann dabei seinen Antrag nicht begrenzen, sodass die Entscheidung über die Abänderung der Vaterschaft davon abhängt, ob der rechtliche Vater die Vaterschaft qualifiziert anerkennen will.

Daraus ergibt sich, dass die vielfach geforderte unbegrenzte Ausgestaltung der Berechtigung zur Durchführung eines Vaterschaftstests auf alle anfechtungsberechtigten Personen nach § 1600 I BGB zu weit geht. Ein derartiges Recht des biologischen Vaters ist abzulehnen, da anderenfalls die Sperrwirkung einer bestehenden Vaterschaft unkontrolliert durchbrochen werden könnte und dies zum Schutz einer bestehenden sozialen Familie zu verhindern ist.

Der biologische Vater ist daher nur schützenswert, wenn er auch rechtlich die Vaterstellung erlangen will und dem nicht die schützenswerten Belange der sozialen Familie entgegenstehen. Dementsprechend ist auf das vorgestellte Alternativkonzept zur Anfechtung zu verweisen, welches insoweit einen angemessenen Ausgleich beinhaltet (C.II.5).

### ***bbb) Berechtigung der Mutter und des Kindes***

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht relevant, aber im Zusammenhang kurz anzusprechen ist die Frage, ob die Mutter und das Kind ebenfalls testberechtigt sein sollen.

Für das Kind ist dies wohl zu bejahen. Erinnert sei dabei aber an die lebhaft diskutierte Zulässigkeit der isolierten Abstammungsfeststellungsklage (C.II.3)

Dies wird grundsätzlich ebenso für die Mutter zu sehen sein, wobei jedoch fraglich ist, ob sie nach dem Vorbild des bayerischen Ansatzes auch gegen den *biologischen* Vater einen Anspruch auf *Bestätigung von dessen Vaterschaft* haben soll. Anders als bei dem ihr zuzusprechenden Anspruch gegen den rechtlichen Vater erscheint dies bedenklich. Falls eine anderweitige rechtlich Vaterschaft besteht, wird dessen Sperrwirkung, ohne statusrechtliche Folge, ungerechtfertigt durchbrochen. Soweit dagegen eine solche nicht vorliegt, sollte eine Vaterschaftsfeststellung nach § 1600 d BGB im Interesse des Kindeswohls vorrangig sein.

## **2) Ausgestaltung eines Rechts zur Durchführung eines Vaterschaftstests**

Nachdem aus diesen Gründen die Erweiterung der Zulässigkeit von Vaterschaftstests befürwortet wird, stellt sich die Frage, welcher konkreten Ausgestaltung der Vorzug zu geben ist. Näher in Betracht kommen zwei alternative Ansätze.

### **a) Stellungnahme zu einem eigenständigen Recht auf Durchführung eines Vaterschaftstests**

Auf den ersten Blick erscheint ein Ansatz vorzugswürdig, wonach zumindest jedem rechtlich anerkannten Elternteil - unabhängig eines Sorgerechts - eine Befugnis zur Durchführung eines Vaterschaftstests (selbständig) einzuräumen ist. Das Recht zur eigenständigen Einwilligung in den Test könnte dabei, im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums, aus der rechtlichen Pflichtenstellung der Elternschaft abgeleitet werden, sodass ein Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht, entgegen vielfacher Kritik, nicht damit verbunden sein muss<sup>1001</sup>. Ob derartige Tests (ähnlich dem Vorschlag der FDP) mittels eines gerichtlichen Verfahrens zu erfolgen hätten oder auch (wie nach dem baden-württembergerischen Vorschlag) durch private Institute durchgeführt werden könnten, mag hier zunächst dahinstehen<sup>1002</sup>.

---

<sup>1001</sup> Vgl. dazu die verschiedensten Ansichten im Tagesordnungspunkt 21 der 164. Sitzung der 15. Wahlperiode am 11.03.05.

<sup>1002</sup> Vgl. dazu auch die Entwicklung des Gendiagnostikgesetzes, welches für den Umgang mit Genmaterial eine Beschränkung der Berechtigten vorsehen wird; nach § 21 II DiskE (Fßn. 989, 953) sollen Untersuchungen zur Klärung der Abstammung nur von Ärzten oder durch auf dem Gebiet der Abstammungsuntersuchung erfahrene nichtärztliche Sachverständige mit abgeschlossener naturwissenschaftlicher Hochschulausbildung zulässig sein.

## **aa) Vorzüge**

Der Vorteil dieses Ansatzes liegt insbesondere in der verdeckten Klärung der Abstammungsverhältnisse und folglich, da 80 % der Vaterschaftsuntersuchungen die Vaterschaft bestätigen, der Berücksichtigung des Schutzes der Familie und des Kindeswohls. Eine Offenlegung der Zweifel wird vermieden. Den Betroffenen wird selbständig und verdeckt die Möglichkeit eingeräumt, die biologische Abstammung zu klären, ohne dass der andere Elternteil und das Kind davon erfahren müssen.

## **bb) Nachteile**

Letztlich kann aber dieser beachtenswerte Vorteil die bestehenden Nachteile dieses Ansatzes nicht überwinden.

### ***aaa) Unbestimmtheit der Herkunft des zu untersuchenden Materials***

Zunächst lässt dieses Verfahren unbestimmt, woher das zu untersuchende Material stammt. Durch den bewussten Ausschluss der Mutter und des Kindes ist eine direkte Einbeziehung dieser Personen in die Untersuchung nicht möglich. Somit ist das zu untersuchende Institut allein auf die Angaben des betroffenen Vaters angewiesen. Demnach besteht die Gefahr, dass das Ergebnis bestritten wird und infolgedessen eine gerichtliche Verwertbarkeit im Rahmen eines folgenden Anfechtungsverfahrens ausscheidet.

### ***bbb) Umgehungsgefahr durch präsumtive Väter***

Diese Unbestimmtheit der Herkunft zieht ein Folgeproblem nach sich. Wie bereits dargelegt, ist dem präsumtiven Vater ein derartiges Recht nicht einzuräumen (s.o.). Soweit nun die Herkunft des zu untersuchenden Materials aber nicht nachvollziehbar ist, stünde es in vielen Fällen diesen präsumtiven Vätern offen, die genetische Verbundenheit zu einem Kind untersuchen zu lassen. Insbesondere in Fällen, in denen der präsumtive Vater rechtlich als Vater eines *anderen* Kindes gilt, könnte er stets, unter Berufung auf eine Untersuchung dieser Vaterschaft, seine verwandtschaftliche Stellung zu dem behaupteten Kind untersuchen lassen. Soweit daher keine weitergehende Begrenzung existiert, wird damit die Sperrwirkung einer bestehenden rechtlichen Vaterschaft durchbrochen und eine schützenswerte soziale Familie unkontrolliert der Gefahr einer Beeinträchtigung ausgesetzt.

### ***ccc) Problematik der Gewinnung des Genmaterials***

Ein weiteres Problem stellt sich im Rahmen der Gewinnung des zu untersuchenden Genmaterials des Kindes. Zwar wäre dies in vielen Fällen unproblematisch und ohne Eingriff möglich (s.o.), jedoch kann in Grenzfällen ein körperverletzender Eingriff provoziert werden.

### ***ddd) Problematik der Befristung***

Eine weitergehende, kaum lösbare Problematik ergibt sich aus der Befristung der Anfechtung. Da diese selbst befristet ist (§ 1600 b BGB), stellt sich die Frage, ob das Recht zur eigenständigen Untersuchung der Vaterschaft ebenso begrenzt werden sollte. Dies ist grundsätzlich zu befürworten, da anderenfalls die Vaterschaft zeitlich unbegrenzt negiert werden könnte, obwohl das Recht zur Vaterschaftsanfechtung bereits verfristet sein kann.

Das Einwilligungsrecht des Vaters könnte folglich darauf zu begrenzen sein, ob das Anfechtungsrecht der Vaterschaft noch offen steht. Das Problem dabei ist allerdings, wie eine derartige Begrenzung gesetzestechnisch umgesetzt werden könnte.

*aaaa) Einwilligungsrecht in den ersten zwei Jahren nach der Geburt*

Kein Problem ergibt sich insoweit in den ersten zwei Jahren nach der Geburt. In diesen Fällen kann eine Verfristung keinesfalls eintreten, sodass zumindest in dieser Zeitspanne ein solches Recht eingeräumt werden könnte<sup>1003</sup>.

*bbbb) Einwilligungsrecht nach Ablauf der ersten zwei Jahre nach der Geburt*

Anders sieht dies zu einem späteren Zeitpunkt aus, wenn eine Verfristung des Anfechtungsrechts in Betracht kommt.

Eine derartige Eingrenzung des Rechts auf Durchführung eines Vaterschaftstests könnte entsprechend § 1600 b BGB erfolgen und somit eine *kenntnisabhängige* Befristung darstellen. Problematisch ist dabei, wie der Fristbeginn festgesetzt und nachgewiesen werden sollte.

Zunächst wäre daran zu denken, insoweit erneut auf das Erfordernis eines Anfangsverdachts zurückzugreifen. Dieser wird über das vorliegende System aber gerade abgeschwächt und es würde einen Zirkelschluss bedeuten, wenn mittels Vaterschaftstests ein solcher für die Anfechtungsklage begründet werden könnte, aber für den Vaterschaftstest selbst ein solcher wiederum vorausgesetzt wäre. Die Durchführung eines Vaterschaftstests wäre damit hinfällig, da mittels der identischen Voraussetzungen, ungeachtet der verschiedenen statusrechtlichen Folgen, sogleich eine Klage erhoben werden könnte.

Ohne das Erfordernis eines Anfangsverdachts ist eine kenntnisabhängige Einschränkung aber nicht umsetzbar. Insbesondere kann die Verfristung nicht an einen Einwand des Beklagten geknüpft werden, da sowohl das Kind als auch die Mutter aus dem verdeckten Vaterschaftstest herausgehalten werden sollen.

Mangels Bestimmbarkeit einer kenntnisabhängigen Verfristung des Vaterschaftstests kann eine dementsprechende Einschränkung allenfalls mittels einer *absoluten* Ausschlussfrist von zwei Jahren nach der Geburt umgesetzt werden. Dies würde bedeuten, dass verdeckte Vaterschaftstests nur in den ersten zwei Jahren nach der Geburt zulässig wären und es für ein darüber hinaus fortbestehendes Anfechtungsrecht (mangels fristbeginnender Kenntnis nach § 1600 b I BGB) es bei der geltenden Rechtslage bliebe.

Dies ist jedoch abzulehnen. Eine derartige absolute Begrenzung kann nicht überzeugen, da anderenfalls das Recht zur Vaterschaftsanfechtung erneut unzumutbar beschränkt und die zu vermeidende Strenge des geltenden Rechts aufrechterhalten würde. Ferner würde ansonsten auch eine kaum verhinderbare Umgehungsgefahr zu befürchten sein<sup>1004</sup>.

Letztlich könnte das vorgeschlagene Modell daher nur aufrecht erhalten werden, wenn eine Befristung der Zulässigkeit von Vaterschaftstests *vollumfänglich weggelassen* würde. Aber auch dem ist nicht zu folgen, da es anderenfalls zu der Situation kommen könnte, in welcher der rechtlich anerkannte Vater seine fehlende biologische Vaterschaft mittels zulässigem Vaterschaftstest nachweisen kann, aber von einer Statusänderung kraft Verfristung ausgeschlossen wäre.

---

<sup>1003</sup> Vgl. zu derartigen Ansätzen bereits die Vertreter unter Fßn. 983.

<sup>1004</sup> Eine praktische Umsetzung einer zweijährigen Ausschlussfrist erscheint zunächst realisierbar, da den Untersuchungsstellen mittels Vorlagepflicht der Geburtsurkunde und Direktabnahme des Genmaterials beim Vater eine Kontrolle insoweit ermöglicht werden könnte. Nicht übersehen werden darf jedoch, dass eine Umgehung möglich bleibt, da keine Kontrolle besteht, ob das zu prüfende Genmaterial auch von dem in der Geburtsurkunde genannten Kind stammt. Soweit der Vater ein weiteres, noch nicht zweijähriges Kind hat, ist eine Umgehung nicht verhinderbar, da die Direktabnahme der Probe bei dem Kind zu unterbleiben hat. Letzteres ist auch nicht abänderbar, da anderenfalls die Heimlichkeit dieses Ansatzes wieder unterlaufen wird und daher den vorgebrachten Vorteil verliert.

Diesem Ergebnis stünde nicht die Schutzbedürftigkeit des Vaters entgegen. Da er wegen der Verfristung eine nachgewiesene Kenntnis der Umstände, die gegen die Vaterschaft sprechen, besaß, hat er bewusst auf die Anfechtung verzichtet oder das Versäumnis selbst verschuldet. Im Interesse des Kindes ist die Feststellung mangelnder genetischer Verbundenheit, ohne Zuordnung der genetischen Vaterschaft eines Dritten, aber abzulehnen. Zum Schutz des Kindes soll ein eigenständiges Recht des rechtlichen Vaters nicht mehr bestehen. Ein Feststellungs- und Abänderungsinteresse des Kindes ist vielmehr über ein eigenes Recht des Kindes, der Mutter oder des biologischen Vaters ausreichend gewährleistet.

#### ***eee) Gefahr rein „vorsorglicher“ Vaterschaftstests***

Darüber hinaus besteht bei einem derart eigenständigen Recht auf Durchführung eines Vaterschaftstests die Befürchtung, auch *nicht zweifelnde* Väter zur *vorsorglichen* Überprüfung der genetischen Verbundenheit zu verleiten. Dies könnte letztlich dazu führen, dass nach nahezu jeder Geburt eine Vaterschaftsuntersuchung durchgeführt werden würde. Dies ist im Interesse des Kindes, zum Schutz sozialer Familienverbände und zur Wahrung des geltenden Abstammungssystems nicht zu fördern.

Eine weitergehende Eingrenzung erscheint aber insoweit nicht praktikabel umsetzbar, da sich in diesem Zusammenhang lediglich eine Vorprüfung über einen Anfangsverdacht anbieten würde. Um einen Zirkelschluss zu vermeiden, kann dieser bei einem Vaterschaftstests nicht gefordert werden, da damit dieser für ein gerichtliches Anfechtungsverfahren gerade begründet werden soll (s.o.).

#### **cc) Ergebnis**

Zusammenfassend lässt sich demzufolge festhalten, dass der Ansatz über ein eigenständiges Recht auf Durchführung eines Vaterschaftstests zwar einen gewichtigen Vorzug zu bieten hat, aber die damit verbundenen Nachteile weder lösbar noch rechtfertigbar sind.

#### **b) Stellungnahme zu einem Anspruch auf Einwilligung zu einem Vaterschaftstest**

Infolgedessen ist daher, ähnlich dem bayerischen Vorschlag, über einen Anspruch auf Einwilligung zu einem Vaterschaftstest nachzudenken. Mittels dieser Ausgestaltung würde es letztlich zwar zu einem Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht kommen, dieser aber aufgrund - nötigenfalls rechtlich erzwingbarer - Einwilligung gerechtfertigt sein.

#### **aa) Nachteile**

Im Gegenschluss zu obigen Ausführungen muss diesem Ansatz aber ein grundlegender Nachteil entgegengehalten werden. Mit der nötigen Offenlegung der Zweifel ist zwingend eine Störung des Familienfriedens verbunden, die in 80 % der Fälle gerade zu vermeiden wäre. Mit dem Erfordernis der Einwilligung wird der Vater gegebenenfalls in die gerichtliche Durchsetzung gezwungen und Streit in die Familie hineingetragen. Der Vorteil des vorhergehenden Ansatzes (a) kann nicht erreicht werden und wirkt sich demgemäß nachteilig aus.

Zusätzlich wird dadurch die Gefahr von Umgehungsversuchen begründet, da vielfach eine Offenlegung zunächst unerwünscht ist.

#### **bb) Vorzüge**

Trotz dieser berechtigten Nachteile ist letztlich diesem Ansatz der Vorzug zu geben.

Nur auf diesem Weg können obig erwähnte Problemfelder des Alternativansatzes vermieden werden. Mittels rechtsstaatlichem Verfahren und Direktabnahme bei den Betroffenen kann die Herkunft des Materials bestimmt und kontrolliert, Umgehungsversuche eingeschränkt und eine Verfristungskontrolle sichergestellt werden.

Darüber hinaus werden bereits in vielen Fällen die Zweifel offen zu Tage getreten sein, sodass eine weitergehende Beeinträchtigung durch die Offenlegung vielfach ausscheidet und eine Klärung im Interesse aller liegen kann. Überdies bietet die zwingende Offenlegung auch den Vorteil, die Durchführung rein vorsorglicher Tests zu beschränken, da die Einbeziehung des Kindes und des anderen Elternteils eine gewisse Hemmschwelle darzustellen vermag.

Entsprechend dem bayerischen Ansatz ist die Umsetzung mittels Anspruch auf Einwilligung dem Modell der FDP vorzuziehen. Der familiäre Dialog wird gefördert und zunächst eine interne Lösung innerhalb der Familie gesucht. Eine Einbeziehung von staatlichen Stellen ist daher nicht stets, sondern nur dann nötig, wenn familienintern nicht der gewünschte Erfolg erzielt werden kann. Ein richterliches Verfahren für alle Fälle ist folglich zu vermeiden. Dies kann sowohl der innerfamiliären Frieden wahren als auch eine überzogene Belastung der Justiz vermeiden.

## **V) Ergebnis**

Als Ergebnis lässt sich demnach festhalten, dass jedem Elternteil ein Anspruch - sowohl gegen das Kind als auch gegen den anderen Elternteil - auf Einwilligung zur Durchführung eines Vaterschaftstests einzuräumen ist. Einem präsuntiven Vater soll dagegen dieses Recht nicht zustehen. Ob daneben auch das Kind derartige Ansprüche geltend machen kann, kann hier dahinstehen, ist aber wohl zu befürworten.

Im Ergebnis entspricht dies weitgehend dem bayerischen Ansatz, wobei der Kreis der Berechtigten, zumindest im Hinblick auf den präsuntiven Vater, eingeschränkt werden sollte.

Der rechtliche Vater kann sich demzufolge selbständig um die Klärung der Abstammung bemühen. Eine Offenlegung der Zweifel ist dabei nicht zu verhindern. Ihm selbst obliegt es aber, ob er das erlangte Ergebnis zur Anfechtung und Statusabänderung verwenden will.

Mittels dieses Ergebnisses kann ein - weiterhin zu fordernder - Anfangsverdacht begründet werden, wobei dieser damit in seiner Bedeutung weitgehend eingeschränkt wird.

Eine vollständige Aufgabe des Anfangsverdachts ist jedoch nicht angebracht, da mit einer Reduzierung seiner Erfordernisse dem Interesse der Beteiligten angemessen Rechnung getragen werden kann. Insbesondere im Rahmen der Bestimmung des Fristenlaufs kommt dem Anfangsverdacht weiterhin Bedeutung zu. Soweit ein Vaterschaftstest zur Begründung des Anfangsverdachts verwendet wird, beginnt *spätestens* mit dessen Kenntnis der Fristlauf<sup>1005</sup>. Eine vorherige fristbeginnende Kenntnis hat das beklagte Kind nachzuweisen, wobei dem Kläger insoweit eine sekundäre Darlegungslast zukommt.

Der vollständigen Abschaffung des Anfangsverdachts steht ferner ein anderer Gedanke entgegen. Mit der zu erwartenden Zunahme von Anfechtungsverfahren verbleibt es doch bei dem Ziel, von vorneherein diejenigen auszusortieren, in denen eine genetische Verwandtschaft besteht. Eine Störung der Ehe und Beeinträchtigung des Kindeswohls ist zu vermeiden. Ferner kann dadurch eine Überlastung der Gerichte vermieden werden. Dies ist am besten über die Zulässigkeit eines vorweggenommenen Vaterschaftstests zu erreichen.

---

<sup>1005</sup> Mit Kenntnis des Ergebnisses des Vaterschaftstests beginnt der Fristablauf; Bohnert FPR 02, 383 (386); Rittner/Rittner ZRP 04, 215 (215); Erman/Holzhauer § 1600 b Rdn. 8 und Müko/Wellenhofer-Klein § 1600 b Rdn. 13; wobei vertreten wird, dass es insoweit unerheblich ist, ob der Test nach geltendem Recht rechtswidrig und daher unverwertbar ist; so zu verstehen wohl Rittner/Rittner ZRP 04, 215 (215); Erman/Holzhauer § 1600 b Rdn. 8; Müko/Wellenhofer-Klein § 1600 b Rdn. 13.

## **G Zusammenfassung**

Die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

### *These 1: Änderung des Abstammungssystems*

Die Regelungen zur anfänglichen Bestimmung der rechtlichen Vaterschaft (§§ 1592 ff BGB) sind beizubehalten. Das im Jahr 2004 eingeführte Anfechtungsrecht des biologischen Vaters (§ 1600 BGB) ist dagegen zu erweitern.

In diesem Zusammenhang ist das Abstammungssystem insgesamt zu überarbeiten und dem biologischen Vater - auf sein eigenes Bestreben hin - die Feststellung der genetischen Verwandtschaft zu ermöglichen. Um den Schutz der sozialen Familie zu gewährleisten, muss dies aber noch nicht zwingend zugleich zur Erlangung der rechtlichen Vaterschaft führen. Diese bleibt weiterhin an eine erfolgreiche Vaterschaftsanfechtung und Abänderung geknüpft.

Die Anfechtung und Abänderung der Vaterschaft ist dem biologischen Vater grundsätzlich zu ermöglichen, wird aber dahingehend beschränkt, dass der rechtliche Vater das Kind qualifiziert anerkennen kann, wenn eine sozial-familiäre Beziehung besteht. Damit wird zwar nicht die Feststellung der biologischen Vaterschaft verhindert, aber die Abänderung der rechtlichen Zuordnung unterbunden und der bestehende soziale Familienverband geschützt.

Des weiteren ist - neben der Anpassung der Anfechtungsfrist - eine Regelung notwendig, welche das Vaterschaftsabänderungsrecht gegebenenfalls wiederaufleben lässt, wenn die sozial-familiäre Familie zum rechtlichen Vater nachträglich ihr Ende findet.

### *These 2: Stärkung der Rechte des biologischen Vaters*

Die Rechtsstellung des nichtrechtlichen, aber genetischen Vaters (biologischen Vaters) ist anzuerkennen.

Neben der Feststellung seiner genetischen Verbundenheit (These 1) sind ihm - bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen und insbesondere der Berücksichtigung des Schutzes der sozialen Familie - eigenständige Umgangs- und Auskunftsrechte (§ 1685 BGB, § 1686 BGB) einzuräumen. Insbesondere ist das geltende Umgangsrecht dergestalt zu erweitern, dass nicht zwingend eine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem biologischen Vater und dem Kind vorausgesetzt wird, sondern gegebenenfalls auch deren erstmalige Entwicklung geschützt wird. Ferner ist seine Rechtsposition bei der Adoption des Kindes (§§ 1747 f BGB) fortzuentwickeln.



### *These 3: Stärkung der Rechte des rechtlichen Vaters eines nichtehelichen Kindes*

Die Rechte eines rechtlich anerkannten Vaters eines nichtehelichen Kindes sind zu stärken. Eine weitere Angleichung an die Rechte eines Vaters eines ehelichen Kindes ist vorzunehmen.

Insbesondere ist ihm im Bereich der primären Sorgerechtsverteilung (§ 1626 a II BGB) eine eigenständig durchsetzbare Rechtsposition einzuräumen und das Vetorecht der Mutter einzuschränken. Entsprechendes muss bei einem Alleinsorgerechtswechsel nach § 1672 I BGB gelten. Aber auch im Bereich der Sorgerechtsabänderung (§§ 1678 II, 1680 II (2), III, 1681 I BGB) und des Adoptionsrechts (§§ 1747 f BGB) sind zur Abschaffung von nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlungen Reformen nötig. Klarstellungen bedarf es darüber hinaus im Namens- und Unterhaltsrecht.

### *These 4: Zulässigkeit von Vaterschaftstests*

Die rechtliche Zulässigkeit von (heimlichen und offenen) Vaterschaftstest ist gesetzlich zu regeln.

Ein heimlicher Vaterschaftstest bleibt unzulässig. Als Ausgleich ist dagegen jedem rechtlich anerkannten Elternteil ein Anspruch gegen das Kind und den anderen Elternteil auf Einwilligung in die Durchführung eines Vaterschaftstests einzuräumen.

## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AdoptionsvermittlungsG	Adoptionsvermittlungsgesetz
AG	Amtsgericht
ABGB	österreichisches Gesetzbuch
Alt.	Alternative
AnwK	Anwaltskommentar
Art.	Artikel
BayOblG	Bayerisches Oberlandesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH-Report	BGH-Report, Schnelldienst zur Zivilrechtsprechung
Bl.	Blatt
BMJ	Bundesjustizministerium
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drucks	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BvR	Registerzeichen der Bundesverfassungsbeschwerde
bzw.	beziehungsweise
C.C.	Code Civil (französisches Gesetzbuch)
ca.	zirka
d.h.	das heißt
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
DAVorm	Der Amtsvormund
ders.	derselbe
DEuFamR	Deutsches und Europäisches Familienrecht
DFGT	Deutscher Familiengerichtstag
dies.	dieselbe
DIJuF	Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht
DIV	Deutsches Institut für Vormundschaftswesen
DJT	Deutscher Juristentag
DNA	deoxyribonucleic acid (Deoxyribonuclein Säure)
DNotI-Report	Report des Deutschen Notarinstituts
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
dt.	deutsch /e /er
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EmbryonenschutzG	Embryonenschutzgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErbStG	Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
f	folgende Seite
FamRB	Familienrechtsberater
FamRZ	Zeitschrift für das allgemeine Familienrecht
ff	fort folgende Seiten
FF	Forum Familien- und Erbrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwillige Gerichtsbarkeit
FPR	Familie, Partnerschaft und Recht
FS	Festschrift
Fßn.	Fußnote
FuR	Familie und Recht
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.V.m.	in Verbindung mit
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
insb.	insbesondere
IpbürgR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAmt	Das Jugendamt
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
Juris	elektronische Datenbank von Juris
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KindPrax	Kindschaftsrecht in der Praxis
KJ	Kritische Justiz
LG	Landgericht
LM	Das Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung von Lindenmaier und Möhring

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo zur ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OGHBZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OLG-Report	Oberlandesgerichts-Report
RdJB	Recht des Jugend- und des Bildungswesen
Rdn.	Randnummer
RegE	Regierungsentwurf zur Kindschaftsrechtsreform
RGZ	Reichsgerichtsrechtsprechung in Zivilsachen
RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
s.	siehe
s.o.	siehe oben
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Schweizer Juristen Zeitung
StAZ	Das Standesamt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur)
v.	von / vom
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZFE	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Rechtspolitische Umschau
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Literaturverzeichnis

Soweit nachfolgend mehrere verschiedene Auflagen eines Buches aufgelistet sind, bezieht sich das Zitat auf die aktuellste, falls in dem Zitat selbst nichts abweichendes erwähnt wird.

- Anwaltskommentar zum BGB, Band 4, Familienrecht, 1. Auflage, 2005, Bonn, (zitiert: AnwK/Bearbeiter).
- Arbeitsgemeinschaft der Sachverständigen für Abstammungsgutachten in der BRD e.V., Erklärung zur Abstammungsbegutachtung, DAVorm 00, 817.
- Arbeitsgemeinschaft der Sachverständigen für Abstammungsgutachten in der BRD e.V., Leitlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten, FamRZ 03, 81.
- Baer Ingrid,
- Baer Ingrid, Stellungnahme zum Referentenentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts vom Juli 1995, ZfJ 96, 123.
- Baer Ingrid, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, NJW 93, 2209.
- Balloff Rainer, Die Bedeutung des Vaters für die Entwicklung des Kindes, FPR 05, 210.
- Balloff Rainer, Walter Eginhard, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? FamRZ 90, 445.
- Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, Band 3, 11. Auflage, München, 2003, (zitiert Bamberger/Roth/Bearbeiter).
- Barth Klaus, Vaterschaftsfeststellung bei gleichzeitiger Adoptionsvermittlung? ZfJ 84, 68.
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO-Kommentar, 63. Auflage, 2005, Auflage, München, (zitiert: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann).
- Becker Markus, Altfallregelung seit 2004: Gemeinsames Sorgerecht für Väter nichtehelicher Kinder auch ohne Zustimmung der Mutter, FamRB 04, 402.
- Beitzke Günther, Lüderitz Alexander, Familienrecht, 26. Auflage, München, 1992, (zitiert: Beitzke/Lüderitz).
- Beitzke Günther, Reform der Ehelichkeitsanfechtung, in Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Baden-Baden, 1. Auflage, 1986, (zitiert: Beitzke).
- Benda Ernst, Mainhofer Werner, Vogel Hans-Jochen, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Auflage, 1994, Berlin, (zitiert: Benda/Mainhofer/Vogel).
- Bentert Holger, Der Vater, aber nicht der Vater, FamRZ 96, 1386.
- Berney Marina Mandofia, Guilloid Olivier, Liberté personnelle et procréation assistée, SJZ 93, 205.
- Blech Eva-Marie, Die Rechte des nichtehelichen Vaters im deutschen Kindschaftsrecht, Dissertation, Düsseldorf, 1993, (zitiert: Blech).
- Bleckmann Albert, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 94, 149.
- Bode Lutz, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, FamRZ 00, 478.
- Bode Lutz, Die Fähigkeit zur Kooperation - und bist Du nicht willig ..., FamRZ 99, 1400.
- Boehmer Gustav, Zur Rechtsstellung der durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder, insbesondere zur Anwendbarkeit des § 1593 BGB, NJW 49, 52.
- Boemke Burkhard, Reform des Ehenamensrechts und Auswirkungen auf die Familie, FuR 91, 181.
- Böhm Reglindis, Gedanken zu einer Neuregelung des Kindschaftsrechts, ZRP 92, 334.
- Bohnert Cornelia, Zur Zulässigkeit privater Vaterschaftstests, FPR 02, 383.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Dolzer/Vogel (Hrsg.), Loseblattsammlung, Stand Mai 2003, Heidelberg, (zitiert: Bonner Kommentar/Bearbeiter).
- Born Winfried, Gemeinsames Sorgerecht: Ende der „modernen Zeiten“? FamRZ 00, 396.
- Bosch W., Zur Rechtsstellung der mit beiden Eltern zusammenlebenden nichtehelichen Kindern, FamRZ 91, 1121.

- Brambring, Notarielle Beurkundung der Sorgerechtsklärung nach § 1626 a Nr. 1 BGB, DNotI-Report 98, 89.
- Brandstätter, Stellungnahme zu Deinert: Ein ständig wachsendes Problem: die „scheinehelichen“ Kinder, DAVorm 89, 353.
- Breihaupt Marianne, Die Alleinsorge der Mutter nach § 1626 II BGB und das Kindeswohl, FPR 04, 488.
- Breitenmoser Stephan, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, Frankfurt am Main/ Basel, 1986, (zitiert: Breitenmoser).
- Brötel Achim, § 1711 BGB - Nachbetrachtung zu einem kindschaftsrechtlichen Fossil, ZfJ 98, 141.
- Brötel Achim, Das alleinige Sorgerecht der Mutter für ihr nichteheliches Kind - ein grundrechtswidriges Dogma? NJW 91, 3119.
- Brötel Achim, Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, 1. Auflage 1991, Baden-Baden, (zitiert: Brötel).
- Brötel Achim, Der Rechtsanspruch des Kindes auf seine Eltern - Positionsbeschreibung anhand der EMRK und der UN-Kinderrechtskonvention - Teil 1, DAVorm 96, 745.
- Brötel Achim, Der Rechtsanspruch des Kindes auf seine Eltern - Positionsbeschreibung anhand der EMRK und der UN-Kinderrechtskonvention - Teil 2, DAVorm 96, 843.
- Brötel Achim, Die Defizite im deutschen Kindschaftsrecht, gemessen an der Europäischen Menschenrechtskonvention, in Koeppl Peter, Kindschaftsrecht und Völkerrecht, Berlin, 1996, (zitiert: Koeppl/Brötel).
- Brötel Achim, Die grundrechtliche Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch Dritte, FamRZ 95, 72.
- Brötel Achim, Europäische Impulse für das deutsche Nichteelichenrecht, ZfJ 92, 241.
- Brötel Achim, Kinderrechte - Staatenpflichten: Überlegungen zum Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht in der aktuellen Reformdiskussion, ZfJ 98, 447 sowie in DAVorm 97, 538.
- Brückner Christoph, Die Überprüfung von Sorgerechtsentziehung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, FuR 02, 385.
- Brückner Christoph, Väterrechte vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, FPR 05, 200.
- Brudermüller Gerd, Zur geplanten Reform des Unterhaltsrechts (Editorial) FF 06, 121.
- Buchholtz-Graf Wolfgang, Sgolik Volker, Familien in Trennung und Scheidung nach der Kindschaftsrechtsreform, ZfJ 04, 81.
- Büdenbender Ulrich, Der Unterhaltsanspruch des Vaters eines nichtehelichen Kindes gegen die Kindesmutter, FamRZ 98, 129.
- Büdenbender Ulrich, Der vorläufige Rechtsschutz im Nichteelichenrecht nach dem Entwurf eines Kindschaftsrechtsreformgesetzes, ZZP 97, 33.
- Büdenbender Ulrich, Elterliche Entscheidungsautonomie für die elterliche Sorge nach geltendem Recht und nach dem Entwurf eines Kindschaftsreformgesetzes, AcP 197 (1997), 197.
- Buhr Martina, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FamRZ 95, 1268.
- Bundesministerium der Justiz (BMJ), Wesentliche Inhalte zur geplanten Reform des Unterhaltsrechts, FF 06, 123.
- Bundesministerium für Justiz (BMJ), Wesentliche Inhalte zur geplanten Reform des Unterhaltsrechts, FamRZ 04, 1939.
- Burmeister C. Günter, Grundrechtliche Inhalts- und Schrankenbestimmung durch private Hand? KJ 03, 328.
- Büte Dieter, Das Umgangsrecht bei Kindern geschiedener oder getrennt lebender Eltern, Berlin, 2001, (zitiert: Büte).
- Büttner Eva Annette, Kindschaftsrechtsreform in England, FamRZ 97, 464.

- Büttner Helmut, Änderungen im Familienverfahrensrecht durch das Kindschaftsreformgesetz, FamRZ 98, 585.
- Büttner Helmut, Unterhalt für die nichteheliche Mutter, FamRZ 00, 781.
- Calvigioni Renzo, Die Abstammung des Kindes - Anerkennung der Mutterschaft und Vaterschaft, Anfechtung, StAZ 02, 268.
- Carl Eberhard, Über die Freiheit des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, FPR 05, 165.
- Coester Michael, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, BGH LM § 1626 Nr. 1, Blatt 1482 ff, (Hrsg.: Lindenmaier/Möhring).
- Coester Michael, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, LMK 04, 107.
- Coester Michael, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FamRZ 04, 87.
- Coester Michael, Buchbesprechung, FamRZ 95, 399.
- Coester Michael, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Frankfurt am Main, 1983, (zitiert: Coester).
- Coester Michael, Die Reform des Kindschaftsrechts - ein privatrechtlicher Überblick RdJB 96, 430.
- Coester Michael, Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der Pflege und Erziehung von Kindern, FamRZ 96, 1181.
- Coester Michael, Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adoption, FamRZ 95, 1245.
- Coester Michael, Hansen Kirsten-Pia, Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes und das KJHG: Impulse zur Kindeswohlverwirklichung, in Steindorff Caroline (Hrsg.), Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten, Neuwied, 1994, S. 21-38.
- Coester Michael, Neues Kindschaftsrecht in Deutschland, DEuFamR 99, 3.
- Coester Michael, Reform des Kindschaftsrechts, JZ 92, 809.
- Coester Michael, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die gesetzliche Ausgestaltung des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern, FPR 05, 60.
- Coester-Waltjen Dagmar, Die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes insbesondere im Hinblick auf ein Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung, in Festschrift für Deliyannis Thessaloniki, 1991, (zitiert: Coester-Waltjen FS I).
- Coester-Waltjen Dagmar, Die künstliche Befruchtung beim Menschen, Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Verhandlungen zum 56. Deutschen Juristentag in Berlin, Band I, Gutachten, 1986, München, (zitiert: Coester-Waltjen, Gutachten zum DJT).
- Coester-Waltjen Dagmar, Einführung in die Reform des Kindschaftsrechts, Jura 98, 436.
- Coester-Waltjen Dagmar, Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht, FamRZ 92, 369.
- Coester-Waltjen Dagmar, Überlegungen zur deutschen Kindschaftsrechtsreform, in Festschrift für Jan Stepán, Zürich, 1994, (zitiert: Coester-Waltjen FS II).
- Coester-Waltjen Dagmar, Zum Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung, Jura 89, 520.
- Damm Reinhard, Prädiktive Medizin und Patientenautonomie, MedR 99, 437.
- de Zayas Alfred, Das deutsche Kindschaftsrecht und der UN-Zivilpakt (IPBPR) von 1966, in Koeppl Peter, Kindschaftsrecht und Völkerrecht, Berlin, 1996, (zitiert: Koeppl/de Zayas).
- Deichfuß Hermann, Abstammungsrecht und Biologie, Heidelberg 1991, (zitiert: Deichfuß).
- Deinert Horst, Ein ständig wachsendes Problem: die „scheinehelichen“ Kinder, DAVorm 88, 989.
- Deinert Horst, Vorschlag für eine Nichtehelichkeitsfeststellung in urkundlicher Form, DAVorm, 89, 205.
- Demharter Johann, Zur Schlüssigkeit der Klage, mit der die Anerkennung der Vaterschaft angefochten wird, FamRZ 85, 232.

- Der Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts im Lichte der Entwicklung in anderen europäischen Ländern und in internationalen Konventionen, DAVorm 96, 855.
- Derleder Peter, Der eheunabhängige Unterhalt für Alleinerziehende, DEuFamR 99, 84
- Dethloff Nina, Reform des Kindschaftsrechts, NJW 92, 2200.
- Deutsch Erwin, Des Menschen Vater und Mutter, NJW 86, 1971.
- Deutsche Ärztetag, Erklärung zu heimlichen Abstammungsgutachten, DÄBl. 02, B 1265.
- Deutscher Anwaltsverein e.V., Stellungnahme des Familienrechtsausschuss zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts vom 28.2.1996, FamRZ 96, 1401.
- Deutscher Familiengerichtstag (DFGT), Stellungnahme des Deutschen Familiengerichtstages e.V. zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, FamRZ 97, 337.
- Deutscher Juristentag (DJT), Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages 1992 in Hannover, FamRZ 92, 1275.
- Deutscher Juristinnenbund, Thesen des deutschen Juristinnenbundes zur Neuregelung des Kindschaftsrechts FamRZ 92, 912.
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF), Vaterschaft und Umgangsrecht auf dem Prüfstand, JAmt 03, 470.
- Deutsches Institut für Vormundschaftswesen, (DIV) Gutachten vom 13.8.1990, Anfechtung der Ehelichkeit bei scheinehelichem, während einer langjährigen Trennung der Eheleute aus einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft entstammenden Kind (Gesetzesreform?), Praxis der Bezirksrevisoren in Bayern, Formulierungen für Neuvorschläge, DAVorm 90, 775, (zitiert: DIV-Gutachten)
- Di Fabio Udo, Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, NJW 03, 993.
- Dickerhof-Borello, Die Sorgeerklärung eines geschäftsunfähigen Elternteils - Teil 1, FuR 98, 70.
- Dickerhof-Borello, Die Sorgeerklärung eines geschäftsunfähigen Elternteils - Teil 2, FuR 98, 157.
- Dickmeis Franz, Strukturen des deutschen Kindschaftsrechts im Kontext zur europäischen Rechtsentwicklung, ZfJ 98, 41.
- Diederichsen Uwe, Die Reform des Kindschafts- und Beistandsrechts, NJW 98, 1977.
- Diederichsen Uwe, Referat, Verhandlungen zum 59. Deutschen Juristentag in Hannover, Band II, Sitzungsberichte, 1992, München, (zitiert: Diederichsen, Referat zum DJT).
- Dietz Andreas, Zur Stellung des biologischen Vaters im Ausländerrecht, InfAuslR 04, 102.
- Dölle Hans, Familienrecht, Band II, 1. Auflage, Karlsruhe, 1965.
- Dopffel Peter (Hrsg.), Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind, Tübingen 1990, (zitiert: Dopffel).
- Dörndorfer Josef, Einführung in das neue Kindschaftsrecht - Teil 1, ZfJ 98, 203.
- Dörndorfer Josef, Einführung in das neue Kindschaftsrecht - Teil 2, ZfJ 98, 299.
- Dörr Dieter, Besprechung der EGMR-Entscheidung, JuS 96, 257.
- Dorsch Gabriele, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1992, Berlin, (zitiert: Dorsch).
- Dreier Horst, GG-Kommentar, Band I, 1 Auflage, Tübingen, 1996, (zitiert: Dreier/Bearbeiter).
- Ebeling Stephan, Zimmermann Uwe, Die „künstliche“ Fortpflanzung, DEuFamR 99, 25.
- Ebert Kurt, Die Defizite im deutschen Kindschaftsrecht, gemessen an der UN-Kinderrechtskonvention, in Koeppl Peter, Kindschaftsrecht und Völkerrecht, Berlin, 1996, (zitiert: Koeppl/Ebert).
- Ebert Kurt, Zur Konfiguration (Konfrontation?) von innerstaatlichem Recht und Völkerrecht in der aktuellen deutschen Familienrechtslage, FamRZ 94, 273.



- Eckebrecht Marc, Neuere Gesetze zur Stärkung der Vaterrechte, FPR 05, 205.
- Eckebrecht Marc, Schlüssigkeits- und Substantiierungsanforderungen bei der Vaterschaftsanfechtung, MDR 99, 71.
- Edenfeld Stefan, Das neue Abstammungsrecht der BRD im nationalen und internationalen Vergleich, FuR 96, 190.
- Ehinger Uta, Unterhaltsansprüche in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 01, 25.
- Ehrhardt-Rauch Andrea, Stärkung der Rechte des biologischen Vaters zum 30. April 2004, JAmT 04, 175 ff.
- Enders Christoph, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, NJW 89, 881.
- Erman, BGB-Kommentar, Köln/Münster, 11. Auflage, 2004, (zitiert: Erman/Bearbeiter).
- Ernst Rüdiger, Die Vater-Kind-Zuordnung aufgrund der Ehe der Mutter, Frankfurt am Main, 1992, (zitiert: Ernst).
- Eschenbruch Klaus, Der Unterhaltsprozess, 3. Auflage, 2002, Neuwied, (zitiert: Eschenbruch).
- Ewers Franz-Georg, Kindeswohl und Verfassung? FamRZ 00, 787.
- Ewers Franz-Georg, Nachdenken über § 1696 BGB, neu? FamRZ 99, 477.
- Fahrenhorst Irene, Der Schutz elterlicher Rechte bei der Trennung von Eltern und Kind und die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, FamRZ 96, 454.
- Fahrenhorst Irene, Die Rechtsstellung des Vaters bei Inkognito-Adoption seines nichtehelichen Kindes, FuR 95, 107.
- Fahrenhorst Irene, Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, Paderborn/München/Wien/Zürich, 1994, (zitiert: Fahrenhorst ).
- Fahrenhorst Irene, Sorge- und Umgangsrecht nach der Ehescheidung und die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, FamRZ 88, 238.
- Familienrechtsreformkommentar, Bäumel/Bienwald/Häußermann/Hoffmann/Maurer/Meyer-Stolte/Rogner/Sonnenfeld/Wax, Bielefeld, 1. Auflage, 1998, (zitiert: FamRefK/Bearbeiter).
- Fegeler Susanne, Der Maßstab des Wohls des Kindes, des Mündels, des Pfleglings und des Betreuten bei der gerichtlichen Kontrolle ihrer Interessensvertreter, Baden-Baden, 2000, (zitiert: Fegeler).
- Feuerabend U., Zu Deinert: Ein ständig wachsendes Problem: die „scheinehelichen“ Kinder, DAVorm 89, 203.
- Feuerabend U., Zu Deinert: Ein ständig wachsendes Problem: die „scheinehelichen“ Kinder, DAVorm 90, 1053.
- Feuerborn Andreas, Sperrwirkung des § 1593 BGB bei Schadensersatzklagen wegen fehlgeschlagener Sterilisation, FamRZ 91, 515.
- Finger Peter, §§ 1626 a ff, 1672 BGB - verfassungswidrig? FamRZ 00, 1204.
- Finger Peter, Alleinige Elternsorge der nichtehelichen Mutter - gerichtliche Antragsbefugnis des Vaters? FamRB 02, 335.
- Finger Peter, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, BGH-Report 05, 976.
- Finger Peter, Die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes durch seine Mutter, NJW 84, 846.
- Finger Peter, Die elterliche Sorge des nichtehelichen Vaters - verfassungswidrige Reform? ZfJ 00, 183.
- Finger Peter, Gemeinsame elterliche Sorge für nichteheliche Kinder, FuR 03, 341.
- Finger Peter, Gemeinsame Sorge unverheirateter Eltern - zum Stand der Gesetzesreform, ZfJ 97, 301.
- Finger Peter, Internationales und ausländisches Familienrecht 2000 bis 2002, FuR 02, 403.
- Finger Peter, Sorgeerklärungen - eine Umfrage bei hessischen Standes- und Jugendämtern, StAZ 03, 225.

- Finger Peter, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Erweiterung des Umgangsrechts nichtehelicher Väter, JZ 89, 221.
- Fink Sandra, Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern, Frankfurt am Main, 2004, (zitiert: Fink).
- Fleisch Hans, Die verfassungsrechtliche Stellung des leiblichen Vaters, Baden-Baden, 1. Auflage, 1987, (zitiert: Fleisch).
- Frank Rainer, 100 Jahre BGB - Familienrecht zwischen Rechtspolitik, Verfassung und Dogmatik, AcP 00, 401.
- Frank Rainer, Abstammung und Status, in Ramm Thilo, Grandke Anita, Deutsche Wiedervereinigung, Zur Familienrechtspolitik nach der Wiedervereinigung, Köln/Berlin/Bonn/München, 1995, (zitiert: Frank).
- Frank Rainer, Die Neuregelung des Adoptionsrechts, FamRZ 98, 393.
- Frank Rainer, Die unterschiedliche Bedeutung der Blutsverwandtschaft im deutschen und französischen Familienrecht, FamRZ 92, 1365.
- Frank Rainer, Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung, FamRZ 95, 975.
- Frank Rainer, Gedanken zu einer isolierten Abstammungsfeststellungsklage, in Gedächtnisschrift für Peter Arens, München, 1993, (zitiert: Frank/Arens).
- Frank Rainer, Grundzüge und Einzelprobleme des Abstammungsrechts, StAZ 03, 129.
- Frank Rainer, Helms Tobias, Der Anspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Nennung des leiblichen Vaters, FamRZ 97, 1258.
- Frank Rainer, Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung? FamRZ 88, 113.
- Frank Rainer, Rechtsvergleichende Betrachtung zur Entwicklung des Familienrechts, FamRZ 04, 841.
- Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, Kehl/Straßburg/Arlington, 2. Auflage, 1996, (zitiert: Frowein/Peukert).
- Furstenberg Frank F., Cherlin Andrew J., Geteilte Familien, Stuttgart, 1993, (zitiert: Furstenberg/Cherlin).
- Gaaz, Berthold, Probleme der Einbenennung nach § 1618 BGB, FPR 02, 125.
- Gaul Hans Friedhelm, Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht, FamRZ 00, 1461.
- Gaul Hans Friedhelm, Das künftige Verfahren zur Feststellung der unehelichen Vaterschaft und seine Wiederaufnahme, FamRZ 63, 208.
- Gaul Hans Friedhelm, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsreformgesetz, FamRZ 97, 1441.
- Gaul Hans Friedhelm, Die pater-est-Regel der §§ 1591, 1592 BGB in ihrer herkömmlichen Bedeutung und in der Reformdiskussion, in Festschrift für Joachim Gernhuber, Tübingen, 1993, (zitiert: Gaul).
- Gaul Hans Friedhelm, Ehelichkeitsanfechtung und Recht des volljährigen Kindes auf Klärung der eigenen Abstammung, in Familienrecht in Geschichte und Gegenwart, Bielefeld, 1992, (zitiert: Gaul G.u.G.).
- Gernhuber Joachim, Coester-Waltjen Dagmar, Familienrecht, 3. und 4. Auflage, 1980 und 1994, München, (zitiert: Gernhuber/Coester-Waltjen).
- Gernhuber Joachim, Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 73, 229.
- Geserick Gunther, Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten, FPR 02, 380.
- Giesen Dieter, Familienrecht, 2. Auflage, Tübingen, 1997, (zitiert: Giesen).
- Giesen Dieter, Genetische Abstammung und Recht, JZ 89, 364.
- Gödde Mechtild, Umgangsverweigerung bei Kinder und Jugendlichen: Ein Plädoyer für den „Brückenschlag“ zwischen anwendungsorientierten Erklärungsansätzen und neueren Befunden der Scheidungsforschung, ZfJ 04, 201.

- Göppinger Horst, Wax Peter, Unterhaltsrecht, 8. Auflage, 2003, Bielefeld, (zitiert: Göppinger/Wax/Bearbeiter).
- Göppinger Horst, Zur Vaterschaftsanerkennung (§ 1600 a BGB) vor Feststellung der Nichtehelichkeit des Kindes (§ 1593 BGB), FamRZ 87, 764.
- Gottwald Peter, Recht auf Kenntnis der biologischen Abstammung? in Festschrift für Heinrich Hubmann, Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistung, Frankfurt am Main, 1985.
- Grabenwarter Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, München 2005, (zitiert: Grabenwarter).
- Greßmann Michael, Neues Kindschaftsrecht, Bielefeld, 1998, (zitiert: Greßmann).
- Grizwotz Herbert, Nichteheleche Lebensgemeinschaft, 3. Auflage, München, 1999, (zitiert: Grizwotz).
- Grizwotz Herbert, Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 99, 413.
- Groß Ingrid, Zur Problematik der §§ 1626 a und 1672 BGB, FPR 02, 176.
- Grün Klaus Jürgen, Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung für die gerichtliche, anwaltliche und behördliche Praxis, Berlin, 2003, (zitiert: Grün).
- Grundmann Birgit, Die Reform des Unterhaltsrechts kommt, FF 06, 213.
- Grunsky Wolfgang, Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft beim nichtehelichen Kind, StAZ 70, 248.
- Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags, Unvereinbarkeit von Regelungen des geltenden Rechts der BRD mit dem Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, Bonn, 1991.
- Haase Wolfgang, Kloster-Harz, Gemeinsame elterliche Sorge - Ein Schritt vorwärts und zwei Schritte zurück, FamRZ 00, 1003.
- Habscheid Edgar und Habscheid Walther, Die statusrechtliche Feststellungsklagen nach neuem Familienrecht, FamRZ 99, 480.
- Häde Ulrich, Jachmann Monika, Anmerkung zur AG-Entscheidung, FamRZ 96, 632.
- Hahne Meo-Micaela, Die Annäherung des Unterhaltsanspruchs einer nichtverheirateten Mutter nach § 1615 I BGB an den Unterhaltsanspruch einer verheirateten Mutter nach § 1570 BGB, FF 06, 24.
- Hahnzog Klaus, Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 II GG, FamRZ 71, 334.
- Harder Manfred, Literaturbesprechung, AcP 189 (1989) 179.
- Harms Petra, Keine Verwertbarkeit einer heimlich eingeholten DNA-Analyse im Vaterschaftsanfechtungsverfahren, jurisPR-FamR 9/2005 vom 03.05.05, Anm. 2.
- Hassenstein B., Der Wert der Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung, FamRZ 88, 120.
- Hebeler Timo Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, JA 03, 750.
- Hegnauer Cyril, Kindesrecht in Deutschland und in der Schweiz, FamRZ 96, 914.
- Heitmann, Verfassungsrechtliche Voraussetzungen der Ersetzung der Einwilligung des nichtehelichen Vaters bei Stiefkindadoptionen, jurisPR-FamR 1/2006 vom 10.01. 2006, Anm. 2.
- Helms Tobias, Das Einwilligungsrecht des Vaterschaftsprätendenten bei der Adoption eines nichtehelichen Kindes, JAmt 01, 57.
- Helms Tobias, Die Feststellung der biologischen Abstammung, Berlin, 1999, (zitiert: Helms).
- Helms Tobias, Reform des deutschen Abstammungsrechts, Zum Entwurf des Kindschaftsreformgesetzes aus rechtsvergleichender Perspektive, FuR 96, 178.
- Helms Tobias, Vaterschaftsanfechtung durch den Erzeuger des Kindes? FamRZ 97, 913.
- Henke J./Hoffmann K., Stellungnahme zu Deinert: Ein ständig wachsendes Problem: die „scheinehelichen“ Kinder, DAVorm 89, 353.

- Henrich Dieter, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FamRZ 03, 358.
- Henrich Dieter, Familienrecht, 5. Auflage, Berlin, 1995, (zitiert: Henrich).
- Henrich Dieter, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft, FamRZ 06, 977.
- Henrichs Wilhelm, Keine Verfassungsbeschwerde wegen angeblich zu Unrecht angeordneter Blutentnahme nach § 372 a ZPO, FamRZ 56, 274.
- Hepting Reinhard, Grundlinien des aktuellen Familiennamensrechts, FPR 02, 115.
- Herdegen Matthias, Die Aufnahme besonderer Rechte des Kindes in die Verfassung, FamRZ 93, 374.
- Heumann Alexander, Eltern ohne Sorgerecht - Gedanken zu Familie und Recht, FuR 03, 293.
- Höfelmann Elke, Das Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des BVerfG, FamRZ 04, 65.
- Höfelmann Elke, Das neue Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, FamRZ 04, 745.
- Hoffmann Birgit, Umgangsrecht leiblicher Eltern nach der Adoption, JAmt 03, 453.
- Holzhauer Heinz, Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, FamRZ 82, 109.
- Huber Christian, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FamRZ 03, 825.
- Huber Christian, Anmerkung zur OLG-Entscheidung, FamRZ 04, 825.
- Huber Peter, Die elterliche Sorge zwischen Veränderung und Kontinuität, FamRZ 99, 1625.
- Humphrey Michael, Das Sorgerecht des nichtehelichen Vaters in rechtsvergleichender Kritik, FPR 03, 578.
- Institut für Familienrecht der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht e.V., Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten der Bundesärztekammer und des Robert-Koch-Instituts, FamRZ 02, 1159.
- Institut für Familienrecht der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht e.V., Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts, FamRZ 05, 1041.
- Jaeger Wolfgang, Verlagerung von Sorgerechtskonflikten in Umgangsstreitigkeiten, FPR 05, 70.
- Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 5. Auflage, 2000, München, (zitiert: Jarass/Pieroth).
- Jauering, BGB-Kommentar, 11. Auflage, 2004, München, (zitiert: Jauering/Berger).
- Jayme Erik, Ebert Kurt, Ergebnisse der Arbeitskreise, Die Konvention und ihre Konsequenzen für den Gesetzgeber, in Koeppel Peter, Kindschaftsrecht und Völkerrecht, Berlin, 1996, (zitiert: Koeppel/Jayme/Ebert).
- Jayme Erik, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichtehelichenrecht, NJW 79, 2425.
- Jayme Erik, Literaturbesprechung, FamRZ 89, 357.
- Jeand'Heur Bernd, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 II (2) GG, Berlin, 1993, (zitiert: Jeand'Heur).
- Jestaedt Matthias, Staatliche Rollen in der Eltern-Kind-Beziehung, DVBl. 97, 693.
- Johannsen/Henrich, Eherecht Kommentar, 4. Auflage, 2003, München, (zitiert: Johannsen/Henrich/Bearbeiter).
- Jonas Antonio Gimbernat, Typisierung contra Einzelfallgerechtigkeit, JAmt 03, 332.
- Jopt Uwe, Anmerkung zum Referentenentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts aus psychologischer Sicht, ZfJ 96, 203.
- Kaiser Dagmar, Elternwille und Kindeswohl - für das gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern, FPR 03, 573.

- Kirchmeier Karl-Heinz, Einführung in das Vaterschaftsfeststellungsverfahren, FPR 02, 370.
- Klein Eckart, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, JZ 04, 1176.
- Klenner W., Anmerkung zur OLG-Entscheidung, FamRZ 03, 1215.
- Klinkhammer Frank, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, FF 05, 150.
- Klinkhardt Horst, Vaterschaftsfeststellung in Deutschland und Frankreich, DAVorm 00, 817.
- Klüsener Bern, Das neue Kindschaftsrecht und der Rechtspfleger des großen Familiengerichts, RPfleger 98, 220.
- Knittel Bernhard, Das Kinderrechtsverbesserungsgesetz, FF 03, 14.
- Knittel Bernhard, Die Beurkundung von Sorgeerklärungen nicht miteinander verheirateter Eltern, ZfJ 00, 140.
- Knöpfel Gottfried, Faktische Elternschaft, Bedeutung und Grenzen, FamRZ 83, 317.
- Koch Elisabeth, Der Anspruch der Deszendenten auf Klärung der genetischen Abstammung - ein Paradigmawechsel im Abstammungsrecht, FamRZ 90, 569.
- Koepfel Peter, Buchsprechung zu Brötel und Jopt, FuR 93, 63.
- Koepfel Peter, Die Stellungnahme von „Defence for Children International“, Genf, zu der von der Bundesregierung geplanten Vorbehaltserklärung zur UN-Kinderrechtskonvention, ZfJ 91, 335.
- Koepfel Peter, Recken Michael, Die für das deutsche Familienrecht bedeutsamen „General Comments“ des Menschenrechtsausschusses der Vereinten Nationen, ZfJ 92, 250.
- Köster Thomas, Sorgerecht und Kindeswohl, Frankfurt am Main, 1997.
- Kostka Kerima, Die Begleitforschung zur Kindschaftsrechtsreform, FamRZ 04, 1924.
- Kostka Kerima, Elterliche Sorge und Umgang bei Trennung und Scheidung - unter besonderer Berücksichtigung der Perspektive des Kindes, FPR 05, 89.
- Krause Dieter, Martin Wolfgang, Hesse Ralph, Muche Matthias, Ermittlung und gutachterliche Bewertung von Abstammungsverhältnissen, JAmt 02, 336.
- Kropholler Jan, Kritische Bestandsaufnahme im Nichteheleichenrecht, AcP 185 (1985), 245.
- Küfner Marion, Der Streit um Kontakte von und mit dem Kind, JAmt 03, 466.
- Larenz Karl, Wolf Manfred, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 2004, München (zitiert: Larenz/Wolf).
- Laumen Hans-Willi, Unverwertbarkeit heimlich eingeholter Vaterschaftsgutachten, FamRB 05, 132.
- Leibholz, Rinck, Hesselberger, GG-Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Juli 2003, Köln, (zitiert: Leibholz/Rinck/Hesselberger).
- Leiphold Dieter, Einige Bemerkungen zur Vermutung der nichtehelichen Vaterschaft (§ 1600 o BGB), FamRZ 73, 65.
- Lempt Reinhart, Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, NJW 72, 315.
- Lenz Christofer, Baumann Jutta, Umgangsrecht auf internationaler Ebene, insbesondere vor dem EGMR, FPR 04, 303.
- Liermann Stephan, Anmerkung zur KG-Entscheidung, FamRZ 99, 809.
- Liermann Stephan, Auswirkung der Reform des Kindschaftsrechts auf das Recht der Adoption, Teil 1, FuR 97, 217.
- Liermann Stephan, Auswirkungen der Rechtsprechung des BVerfG zu § 1626 a BGB auf § 1748 IV BGB im Adoptionsrecht, FamRZ 03, 1523.
- Limbrock Gabriele, Das Umgangsrecht im Rahmen des Haager Kindesentführungsübereinkommens und des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens, FamRZ 99, 1631.

- Lindenmaier/Möhring (LM), Nachschlagewerk des BGH, Loseblattsammlung, München.
- Lindner Josef, Gerichtliche Verwertbarkeit heimlicher DNA-Vaterschaftstests? NVwZ 05, 774.
- Lipp Martin, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, JZ 06, 96.
- Lipp Martin, Das elterliche Sorgerecht für das nichteheliche Kind nach dem Kindschaftsreformgesetz, FamRZ 98, 65.
- Lipp/Wagenitz, Das neue Kindschaftsrecht, Kommentar, 1. Auflage, 1999, Stuttgart, (zitiert: Lipp/Wagenitz).
- Löhnig Martin, Das Recht des Kindes nicht verheirateter Eltern, 2. Auflage, Berlin 2004, (zitiert: Löhnig).
- Lüderitz Alexander, Familienrecht, 27. Auflage, 1999, München, (zitiert: Lüderitz); (die 26. Auflage ist noch unter Beitzke/Lüderitz zitiert).
- Luthin Horst, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, FamRZ 01, 911.
- Luthin Horst, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, FamRZ 05, 1471.
- Luthin Horst, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, FamRZ 05, 706.
- Luthin Horst, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FamRZ 06, 385.
- Luthin Horst, Anmerkung zur OLG-Entscheidung, FamRZ 00, 1042.
- Luthin Horst, Handbuch des Unterhaltsrechts, 10. Auflage, 2002, München, (zitiert: Luthin).
- Luthin Horst, Neuere zum Betreuungsunterhalt der unverheirateten Mutter, FamRB 05, 116.
- Luthin Horst, Unterhaltsrecht - quo vadis, FPR 04, 567.
- von Luxburg Harro Graf, Das neue Kindschaftsrecht, München/Berlin, 1. Auflage, 1998, (zitiert: v. Luxburg).
- Machulla Martina, Das gemeinsame Sorgerecht für nichteheliche Kinder - Die Verfassungsmäßigkeit des § 1626 a BGB, ZFE 03, 105.
- Machulla Martina, Der Ausschluss leiblicher - aber nicht rechtlicher - Väter von der Anfechtung der Vaterschaft sowie vom Umgangsrecht, ZFE 03, 196.
- Macobby Eleanore, Mnookin Robert, Die Schwierigkeiten der Sorgerechtsregelung, FamRZ 95, 1.
- Maier Hermann, Anmerkung zum OLG-Urteil, NJW 71, 1898.
- von Mangoldt, Klein, Starck, GG-Kommentar, Band 1, 5. Auflage, 2005, München, (zitiert: v. Mangoldt/Klein/Starck).
- Martin Wolfgang, Muche Matthias, Zang Klaus D., Kritische Stellungnahme zu den neuen Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten, FamRZ 03, 76.
- Maunz-Dürig, GG-Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Feb. 04, München (zitiert: Maunz-Dürig/Bearbeiter).
- Maurer Hans-Ulrich, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FamRZ 06, 96.
- Maurer Hans-Ulrich, Gestärkte Rechte des Vaters bei der Adoption, FPR 05, 196.
- Mehrle Gebhard, Anmerkung zur OLG-Entscheidung, FamRZ 05, 1894.
- Meng Werner, Anwendung völkerrechtlicher Konventionen im deutschen Recht, in Koeppl Peter, Kindschaftsrecht und Völkerrecht, Berlin, 1996, (zitiert: Koeppl/Meng).
- Menne Martin, Die Unterhaltsrechtsreform: Der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten, FPR 05, 323.
- Meyer Petra, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung als Element der Persönlichkeitsentwicklung, Baden-Baden, 2005, (zitiert: Meyer).
- Meyer-Ladewig Jens, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR, NJW 05, 15.
- Meyer-Ladewig Jens, EMRK-Handkommentar, Baden-Baden, 1. Auflage, 2003, (zitiert: Meyer-Ladewig).

- Michaelis Karl, Anerkennung und Ehe als Rechtsgrundlagen des Abstammungsverhältnisses, in Festschrift für Rudolf Gmür, Bielefeld, 1993.
- Mohr Jörg, Wallrabenstein Astrid, Elterliche Sorge als ein Sorgenkind des BVerfG, Jura 04, 194.
- Motzer Stefan, Anmerkung zum BGH-Entscheidung, FamRB 05, 168.
- Motzer Stefan, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FamRB 03, 80.
- Motzer Stefan, Das Umgangsrecht in der gerichtlichen Praxis seit der Reform des Kindschaftsrechts, FamRZ 00, 925.
- Motzer Stefan, Das Umgangsrecht Verwandter und enger Bezugspersonen des Kindes, FamRB 04, 231.
- Motzer Stefan, Die Entwicklung des Rechts der elterlichen Sorge und des Umgangs seit 2002, FamRZ 04, 1145.
- Motzer Stefan, Die gerichtliche Praxis der Sorgerechtsentscheidung seit der Neufassung von § 1671 BGB, FamRZ 99, 1101.
- Motzer Stefan, Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht, FamRZ 01, 1034.
- Motzer Stefan, Die Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit 2004, FamRZ 06, 73.
- Motzer Stefan, Gesetzgebung und Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahr 2001, FamRZ 03, 793.
- Müller Christian, Elterliches Sorgerecht des unverheirateten Vaters auch gegen den Willen der Kindesmutter? ZfJ 04, 7.
- Müller Christian, Verfassungsmäßigkeit der zeitlichen Begrenzung des Betreuungsunterhalts für unverheiratete Väter, DAVorm 00, 829.
- Müller Lothar, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, FamRB 06, 172.
- Müller Lothar, Anmerkung zur OLG-Entscheidung, FamRB 06, 208.
- Müller Lothar, Die Ehelichkeitsanfechtung im deutschen Recht, Sinsheim, 1998, (zitiert: Müller).
- Müller Ronny, Vaterschaftsanfechtung und Umgangsrecht neu geregelt, FamRB 04, 206.
- von Münch/Kunig, GG-Kommentar Band 1, 5. Auflage 2000, München, (zitiert: v. Münch/Kunig/Bearbeiter).
- Münchner Kommentar zum BGB, Band 8, 4. Auflage, München 2000 und Ergänzungsband zur 4. Auflage, 2005, (zitiert: MüKo/Bearbeiter).
- Münchner Kommentar zur ZPO, Band 1 und 2, München 2000, 2. Auflage, (zitiert: MüKo zur ZPO/Bearbeiter).
- Münder Johannes, Anmerkung zum BVerfG-Urteil RdJB 89, 459.
- Münning Matthias, Das Gesetz zu dem UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes ZfJ 92, 553.
- Muscheler Karlheinz, Beisenherz Thorn, Das neue Abstammungsrecht - Teil 1, JR 99, 356.
- Muscheler Karlheinz, Beisenherz Thorn, Das neue Abstammungsrecht - Teil 2, JR 99, 406.
- Muscheler Karlheinz, Bloch Anke, Das Recht auf Kenntnis der genetischen Abstammung und der Anspruch des Kindes gegen die Mutter auf Nennung des leiblichen Vaters, FPR 02, 339.
- Muscheler Karlheinz, Das Recht des Vaters auf Kenntnis seiner Vaterschaft, FPR 05, 185.
- Muscheler Karlheinz, Vaterschaft durch Anerkennung und Feststellung, FPR 05, 177.
- Musielak, Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, München, 2005, (zitiert: Musielak/Bearbeiter).
- Mutschler Dietrich, Anmerkung zum OLG-Urteil, DAVorm 96, 377.

- Mutschler Dietrich, Interessenausgleich im Abstammungsrecht - Teilaspekte der Kindschaftsrechtsreform, FamRZ 96, 1381.
- Mutschler Dietrich, Unerlaubte DNA-Gutachten als Einfallstor für die gerichtliche Vaterschaftsanfechtung? FamRZ 03, 74.
- Mutschler Dietrich, Zur Neuordnung des Abstammungsrechts, FamRZ 94, 65.
- Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (NDV), Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, NDV 03, 413.
- Niepmann Birgit, Aktuelle Entwicklungen im Familienrecht, MDR 03, 841.
- Niepmann Birgit, Die Reform des Kindschaftsrechts, MDR 98, 565.
- Oberloskamp Helga, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, FuR 91, 263.
- Oberloskamp Helga, Wir werden Adoptiveltern, 4. Auflage, München, 2000, (zitiert: Oberloskamp).
- Odersky Felix, Kommentar zum Nichtehelichengesetz, 4. Auflage, 1978, Bielefeld, (zitiert: Odersky).
- Oelkers Harald, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, MDR 00, 32.
- Oelkers Harald, Die Entwicklung des Sorgerechts bis Ende 2001 - Teil 1, FuR 02, 106.
- Ohly Ansgar, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, JZ 05, 626.
- Orgis Christiane, Neue Richtlinien für die Erstattung von Abstammungsgutachten und die Konsequenzen für den Kindschaftsprozess, FamRZ 02, 1157.
- Ott Sieghart, Die Begriffe Ehe und Familie in Art. 6 I GG, NJW 98, 117.
- Palandt, Kommentar zum BGB, München, 65. Auflage, 2006; 64. Auflage, 2005; 62. Auflage 2003; 59. Auflage 2000, 57. Auflage, 1998; (zitiert: Palandt/Bearbeiter).
- Palm-Risse Martina, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie, Berlin, 1990, (zitiert: Palm-Risse).
- Patt, Kommentar zu Deinert: Ein ständig wachsendes Problem: die „scheinehelichen“ Kinder, DAVorm 89, 67.
- Patt, Kommentar zu Deinert: Ein ständig wachsendes Problem: die „scheinehelichen“ Kinder, DAVorm 89, 204.
- Paulitz Harald, Adoption, 2000, München, (zitiert: Paulitz).
- Pauly Walter, Sperrwirkung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, NJW 97, 1955.
- Peschel-Gutzeit Lore, Die geschichtliche Entwicklung der Vaterstellung im deutschen Recht seit 1900, FPR 05 167.
- Peschel-Gutzeit Lore, Stärkt die geplante Reform des Unterhaltsrechts das Kindeswohl? FF 06, 296.
- Peschel-Gutzeit Lore, Welcher Nachteil ist bei der Stiefkindadoption unverhältnismäßig? NJW 05, 3324.
- Pieper Klaus, Anfechtungs- und Umgangsrecht des biologischen Vaters, FuR 04, 385.
- Pieper Klaus, Neuerungen im Unterhalts-, Namens-, Adoptions- und Abstammungsrecht, FuR 98, 33.
- Pintens Walter, Die Reform des belgischen Kindschaftsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, FamRZ 97, 457.
- Plautz Manfred, Zulässigkeit heimlicher Vaterschaftstest? ZRP 04, 215.
- Polakiewicz Jörg, Die innerstaatliche Umsetzung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrecht im Bereich des Kindschaftsrechts, in Koeppl Peter, Kindschaftsrecht und Völkerrecht, Berlin, 1996, (zitiert: Koeppl/Polakiewicz).
- Proksch Roland, Rechtstatsächliche Untersuchungen zur Reform des Kindschaftsrechts, Köln, 2002, (zitiert: Proksch).
- Puls Jutta, Der Betreuungsunterhalt der Mutter eines nichtehelichen Kindes, FamRZ 98, 865.



- Quantius Markus, Die Elternschaftsanfechtung durch das künstlich gezeugte Kind, FamRZ 98, 1145.
- Rakete-Dombek Ingeborg, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FPR 03, 478.
- Rakete-Dombek Ingeborg, Der Ausfall eines Sorgeberechtigten durch Tod, Krankheit, Abwesenheit oder Entzug der elterlichen Sorge, FPR 05, 80.
- Ramm Thilo, Die Fortpflanzung - ein Freiheitsrecht? JZ 89, 861.
- Ramm Thilo, Ehelichkeitsanfechtung und Bundesverfassungsgericht, NJW 89, 1594.
- Ramm Thilo, Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder, FPR 96, 220.
- Ramm Thilo, Jugendrecht, 1990, München, (zitiert: Ramm).
- Ramm Thilo, Kindschaftsrechtsreform, JZ 96, 987.
- Rauscher Thomas, Das Umgangsrecht im Kindschaftsrechtreformgesetz, FamRZ 98, 329.
- Rauscher Thomas, Familienrecht, Heidelberg, 2001, (zitiert: Rauscher).
- Rauscher Thomas, Vaterschaft auf Grund Anerkennung, FPR 02, 359.
- Rauscher Thomas, Vaterschaft auf Grund Ehe mit der Mutter, FPR 02, 352.
- Reeken M., Die Achtung der Menschenrechte in Deutschland - Anspruch und Wirklichkeit Gedanken zum Jahr der Familie, ZfJ 94, 449.
- Reichelt Andreas, Schmidt Angelika, Schmidtke Jörg, Zulässigkeit und gerichtliche Verwertbarkeit privat veranlasster Abstammungsgutachten, FamRZ 95, 777.
- Reinke Birgit, Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, Dissertation, Mönchengladbach, 1991, (zitiert: Reinke).
- Richter Thomas, Anmerkung zur OLG-Entscheidung, FamRZ 06, 1220.
- Richter Thomas, Die Alleinsorge der Mutter nach § 1626 a II BGB und das Kindeswohl, FPR 03, 484.
- Rittner Christian, Contra zu heimlichen Vaterschaftstests, FPR 05, 187.
- Rittner Christian, Rittner Natascha, Rechtsdogma und Rechtswirklichkeit am Beispiel sogenannter heimlicher Vaterschaftstests, NJW 05, 945.
- Rittner Christian, Rittner Natascha, Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung - Eine rechtliche Grauzone, NJW 02, 1745.
- Rittner Christian, Rittner Natascha, Zulässigkeit heimlicher Vaterschaftstests? ZRP 04, 215.
- Rixe Georg, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FamRZ 02, 1020.
- Rixe Georg, Anmerkung zur BVerfG-Entscheidung, FamRZ 05, 173.
- Rixe Georg, Anmerkung zur EGMR-Entscheidung, FamRZ 03, 815.
- Rixe Georg, Anmerkung zur EGMR-Entscheidung, FamRZ 04, 1460.
- Roos Heinz, Das Sachgebiet „Beistandschaft“ im Jugendamt, DAVorm 00, 530.
- Rosenberg Leo, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, JZ 52, 480.
- Ross Heinz, Kommentar zu Deinert: Ein ständig wachsendes Problem: die „scheinehelichen“ Kinder, DAVorm 89, 204.
- Roth Andreas, Die aktuelle Bedeutung des Art. 6 V GG für das Recht des nichtehelichen Kindes, FamRZ 91, 139.
- Roth Andreas, Die Zustimmung des Mannes zu heterologen Insemination bei seiner Ehefrau, FamRZ 96, 769.
- Roth Wolfgang, Vaterschaftsanfechtung durch den biologischen Vater, NJW 03, 3153.
- Roth-Stielow Klaus, Der Abstammungsprozess, 2. Auflage, 1978, München, (zitiert: Roth-Stielow).
- Röwer Heinz-Hugo, Reformen im Familienrecht, in Festschrift für Franz Merz, Recht-Wirtschaft-Steuern, Köln, 1992 (zitiert: Röwer).
- Rudolf Beate, Zur Rechtsstellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes nach der EMRK, Anmerkung zum EMRK-Urteil, EuGRZ 95, 110.
- Rummel Carsten, Die Freiheit, die Reform des Kindschaftsrechts und das ganz normale Chaos der Liebe, ZfJ 97, 202.

- Sachs Michael, GG-Kommentar, 3. Auflage, 2003, München, (zitiert: Sachs/Bearbeiter).
- von Sachsen Gessaphe Karl August Prinz, Kindschaftsrecht in Europa, FamRZ 99, 1107.
- Salgo Ludwig, Zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung als Regelfall - ein Zwischenruf, FamRZ 96, 449.
- Salgo Ludwig, Zur Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch die Mutter und ihren Ehemann, NJW 95, 2129.
- Salzgeber Joseph, Stadler Michael, Eisenhauer Rüdiger, Der Familienname als Identitätsmerkmal, FPR 02, 133.
- Schlegel Thomas, Zur Wirksamkeit von Ersatzmutterschaftsverträgen und der Rechtsfolgen für das Kind, FuR 96, 116.
- Schlosser Peter, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, JZ 99, 43.
- Schlüter Wilfried, Elterliches Sorge- und Umgangsrecht bei nichtehelicher Elternschaft, FuR 94, 341.
- Schlüter Wilfried, Familienrecht, 11. Auflage, 2005, Heidelberg, (zitiert: Schlüter).
- Schmid Viola, Die Familie in Art. 6 des Grundgesetzes, Berlin, 1989, (zitiert: Schmid).
- Schmidt-Bleibtreu, Klein, GG-Kommentar, 10. Auflage, 2004, München, (zitiert: Schmidt-Bleibtreu/Bearbeiter).
- Schnitzler Klaus (Hrsg.), Münchner Anwaltshandbuch Familienrecht, München, 2002, (zitiert: Schnitzler/Bearbeiter).
- Schnorr Volker, Heimliche Vaterschaftstests, ZPR 03, 342.
- Scholz Rupert, Kindschaftsrechtsreform und Grundgesetz, FPR 98, 62.
- Schuhmann Eva, Die nichteheliche Familie, München 1998, (zitiert: Schumann).
- Schumann Eva, Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses? FamRZ 00, 389.
- Schumann Eva, Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern, FuR 02, 59.
- Schwab Dieter, Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern, FamRZ 98, 457.
- Schwab Dieter, Entwurf eines Übereinkommens über die Rechte des Kindes, FamRZ 89, 1041.
- Schwab Dieter, Familienrecht, 12. Auflage, 2003, München, (zitiert: Schwab).
- Schwab Dieter, Kindschaftsrechtsreform und notarielle Vertragsgestaltung, DNotZ 98, 437.
- Schwab Dieter, Zur Reform des Unterhaltsrechts FamRZ 05, 1417.
- Schwab Dieter/Wagenitz Thomas, Einführung in das neue Kindschaftsrecht, FamRZ 97, 1377.
- Schwab/Motzer, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Auflage, 2001, München, (zitiert: Schwab/Motzer).
- Schwarz Beate, Gemeinsame elterliche Sorge nach Trennung und Scheidung in der internationalen Perspektive, FPR 05, 98.
- Schwenzer Ingeborg, Die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes, FamRZ 92, 121.
- Schwenzer Ingeborg, Ehelichkeitsvermutung und Ehelichkeitsanfechtung, FamRZ 85, 1.
- Schwenzer Ingeborg, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln? Gutachten A zum 59. Deutschen Juristentag, Band I, Abteilung Familienrecht, München, 1992, - sowie in: Verhandlungen zum 59. Deutschen Juristentags in Hannover 1992 Band I, Gutachten, Teil A, München, 1992, (zitiert: Schwenzer, Gutachten zum DJT).
- Schwenzer Ingeborg, Vom Status zur Realbeziehung, Baden-Baden, 1. Auflage, 1987, (zitiert: Schwenzer).
- von Sehte Henning, Die Durchsetzbarkeit des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung aus der Sicht des Kindes, Berlin, 1995, (zitiert: v. Sehte).
- Seibert Helga, Verfassung und Kindschaftsrecht - Neue Entwicklungen und offene Fragen, FamRZ 95, 1457.

- Seidel Helmut, Anfechtung bei der homologen und heterologen Insemination, FPR 02, 402.
- Seidel Klaus, Was gilt, wenn der rechtliche Vater nicht der biologische Vater ist? FPR 05, 181.
- Singhammer Johannes, Die internationalen kindschaftsrechtlichen Normen und das nationale Recht *de lege lata et ferenda*, in Koepfel Peter, Kindschaftsrecht und Völkerrecht, Berlin, 1996, (zitiert: Koepfel/Singhammer).
- Smid Stefan, Recht auf Kenntnis der eigenen blutsmäßigen Abstammung, JR 90, 221.
- Soergel, Kommentar zum BGB, §§ 1741 - 1921, Stuttgart, 13. Auflage, 2000; Familienrecht II, Band 8; 12. Auflage, 1987; Nachtragsband zur 12. Auflage, Stand 12. Lieferung 1998, (zitiert: Soergel/Bearbeiter).
- Spangenberg Ernst, Anmerkung zur OLG-Entscheidung, FamRZ 04, 132.
- Spangenberg/Spangenberg, Den nichtehelichen Müttern das letzte Wort? - Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003, ZfJ 03, 332.
- Spellenberg Ulrich, Die Possession d'état im französischen Kindschaftsrecht, FamRZ 84, 117.
- Spellenberg Ulrich, Die Possession d'état im französischen Kindschaftsrecht - Fortsetzung, FamRZ 84, 239.
- Spickhoff Andreas, Anmerkung zur LG-Entscheidung, FamRZ 03, 1581.
- Statistisches Bundesamt, Statistik der Kinder- und Jugendhilfe 2003, Wiesbaden.
- Statistisches Bundesamt, Statistik der Kinder- und Jugendhilfe 2004, Wiesbaden.
- Staudinger, Kommentar zum BGB, Buch 4, Familienrecht, Berlin, §§ 1589-1600e (2004, 2000); 1601-1615o (2000); 1616-1625 (2000); 1638-1683 (2004); 1684-1727 (2000, 2004); 1741-1772 (2001); (zitiert: Staudinger/Bearbeiter).
- Stein/Jonas, ZPO-Kommentar, 21. Auflage, 1993, Berlin, Band 5/2, (zitiert: Stein/Jonas/Bearbeiter).
- Stenz, Kommentar zu Deinert: Ein ständig wachsendes Problem: die „scheinehelichen“ Kinder, DAVorm 89, 204.
- Stöcker Hans, Auslegung der Kinderkonvention, RdJB 91, 75.
- Stöcker Hans, Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht, FamRZ 92, 245.
- Stöcker Hans, Schlusswort in: Diskussion: Die UNO-Kinderrechtskonvention und das innerstaatliche Recht, FamRZ 92, 895.
- Stöcker Hans, Über die Anwendung der Menschenrechte auf „Nichteheliche“, DAVorm, 78, 481.
- Stockmann Roland, Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „sozial-familiären Beziehung“ i.S.v. § 1685 Abs. 2 BGB n.F., jurisPR 14/2205 vom 12 Juli 2005.
- Sturm Fritz, Sturm Gudrun, Die gesetzliche Vertretung Minderjähriger nach dem neuen Kindschaftsrecht - national und international, StAZ 98, 305.
- Thomas/Putzo, ZPO Kommentar, München, 26. Auflage, 2004, (zitiert: Thomas/Putzo/Bearbeiter).
- Ullmann Christian, Diskussion: Die UNO-Kinderrechtskonvention und das innerstaatliche Recht, FamRZ 92, 892.
- Ullmann Christian, Verfassungs- und völkerrechtliche Widersprüche bei der Ratifikation der UNO-Kinderrechtskonvention, FamRZ 91, 898.
- van Els Hans, Können wir unser Familienrecht einfacher machen? Können wir die Probleme „scheinehelicher“ Kinder einfacher machen? DAVorm 89, 641.
- Veit Barbara, Verwandtschaftliche Elternstellung und elterliche Sorge bei Scheidungskindern, FamRZ 99, 902.
- Vogel Harald, Ausgewählte Probleme aus dem Recht der elterlichen Sorge bei getrennt lebenden Eltern, FPR 05, 65.

- Völker Mallory, Keine Verwertbarkeit einer heimlich eingeholten DNA-Analyse im Vaterschaftsanfechtungsverfahren, jurisPR-FamR 7/2005 vom 05.04.05 Anm. 2.
- Wagenitz Thomas, Neues Recht in alten Formen: Zum Wandel des Kindesnamensrechts, in Schwab Dieter (Hrsg.), Das neue Familienrecht, Bielfeld, 1998, (zitiert: Wagenitz).
- Wagner Gerhard, Unterhaltsrechtliche Folgen des scheidungsakzessorischen Statuswechsels nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 99, 7.
- Wallerstein Judith S., Lewis Julia S., Blakeslee Sandra, Scheidungsfolgen - Die Kinder tragen die Last. Eine Langzeitstudie über 25 Jahre, Münster, 2002, (zitiert: Wallerstein/Lewis/Blakeslee).
- Walper Sabine, Familie nach Trennung/Scheidung als Gegenstand familienpsychologischer Forschung, FPR 05, 86.
- Walter Ute, Das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 95, 1538.
- Wanitzek Ulrike, Vaterschaftsanfechtung, FPR 02, 390.
- Weber Ralf, Der Auskunftsanspruch des Kindes und/oder des Scheinvaters auf namentliche Nennung des leiblichen Vaters, FamRZ 96, 1254.
- Weil Klaus, Anmerkung zur OLG-Entscheidung, FamRZ 02, 188.
- Weinreich/Klein, Kompaktkommentar zum Familienrecht, 2. Auflage, 2004, München, (zitiert: Weinreich/Klein).
- Wellenhofer Marina, Anmerkung zur BGH-Entscheidung, FamRZ 06, 686.
- Wellenhofer Marina, Die prozessuale Verwertbarkeit privater Abstammungsgutachten, FamRZ 05, 665.
- Wellenhofer-Klein Marina, Das Vaterschaftsanfechtungsrecht des leiblichen Vaters - Vorschlag zur Änderung von § 1600 BGB, FamRZ, 03, 1889.
- Wellenhofer-Klein Marina, Die mittelbare Diskriminierung des nichtehelichen Kindes durch § 1615 I BGB, FuR 99, 448,
- Wesche Otto, Geplante Reform des Kindschaftsrechts, RPfleger 96, 53.
- Wever Reinhardt, Zur unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts nach § 1615 I und § 1570 BGB, FF 06, 174.
- Wichmann Klaus, Die Reform des Kindschaftsrechts in der Diskussion, FuR 96, 161.
- Wiegelmann Andreas, Ersetzung der Einwilligung des leiblichen Vaters bei Stiefkind-Adoption, FamRB 05, 235.
- Wieser Eberhard, Zur Anfechtung der Vaterschaft durch den leiblichen Vater, FamRZ 04, 1773.
- Wieser Eberhard, Zur Anfechtung der Vaterschaft nach neuem Recht, FamRZ 98, 1004.
- Wieser Eberhard, Zur Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft nach neuem Recht, NJW 98, 2023.
- Wiesner/Mörsenberger/Oberloskamp/Struck, SGB VIII, Kommentar zur Kinder- und Jugendhilfe, 2. Auflage, München, 2000, (zitiert: Wiesner/Mörsenberger/Oberloskamp/Struck).
- Will Annegret, Die Stärkung der Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters, ZfJ 98, 309.
- Will Annegret, Wer ist Vater im Sinne des Gesetzes, FPR 05, 172.
- Willutzki Siegfried, Die Novellierung des deutschen Kindschaftsrechts, RPfleger 97, 336.
- Willutzki Siegfried, Kindschaftsrechtsreform, Versuch einer wertenden Betrachtung, Teil 1, KindPrax 98, 8.
- Willutzki Siegfried, Kindschaftsrechtsreform, Versuch einer wertenden Betrachtung, Teil 3, KindPrax 98, 103.
- Willutzki Siegfried, Umsetzung der Kindschaftsrechtsreform in der Praxis, KindPrax 00, 45.
- Winn Wolfgang F., Gemeinsame elterliche Sorge nichtehelicher Kinder, Stellungnahme zum Bundesverfassungsgerichtsurteil, KindPrax 03, 67.
- Winn Wolfgang F., Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft, KindPrax 99, 94.

- Winn Wolfgang F., Zur gerichtlichen Durchsetzbarkeit gemeinsamer Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern, KindPrax 99, 97.
- Witteborg Nika, Das gemeinsame Sorgerecht nichtverheirateter Eltern, Frankfurt am Main, 2003, (zitiert: Witteborg).
- Wolf Alfred, Biologische Abstammung und rechtliche Zuordnung, NJW 05, 2417.
- Wolf Andrea, Die Abstammung von durch medizinische Fortpflanzung gezeugten Kindern nach dem Kindschaftsreformgesetz (KindRG), FuR 98, 392.
- Wolf Joachim, Ratifizierung unter Vorbehalten: Einstieg oder Ausstieg der BRD aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes, ZRP 91, 374.
- Wolf Marc, Die Verfassungsmäßigkeit von § 1626 a BGB, FPR 02, 173.
- Zens Gisela, Referat, Verhandlungen zum 59. Deutschen Juristentag in Hannover, Band II, Sitzungsberichte, 1992, München, (zitiert: Zens, Referat zum DJT).
- Zens Gisela/Salgo Ludwig, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Elter-Kind-Beziehung, Stuttgart, 1983, (zitiert: Zens/Salgo).
- Zeycan Azime Der Fall Görgülü - BRD im Lichte der Menschenrechtskonvention, FuR 04, 445.
- Zetkin/Schaldach, Lexikon der Medizin, 16. Auflage, 1999, Wiesbaden.
- Zimmermann Stefan, Das neue Kindschaftsrecht, DNotZ 98, 404.
- Zöller, Kommentar zur ZPO, 25. Auflage, 2005, Köln, (zitiert: Zöller/Bearbeiter).
- Zuck Rüdiger, Der (heimliche) Vaterschaftstest: Was kann der Gesetzgeber tun? ZRP 05, 117.
- Zwißler Finn, Probleme bei der Einbenennung § 1618 BGB, FPR 04, 64.